جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

المعاملات المالية الإلكترونية وأحكامها في الاقتصاد الإسلامي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية

تخصص شريعة وقانون

إعداد الطالب:

عيسى بن مصطفى

السنة الجامعية 2018/2017 م

جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

المعاملات المالية الإلكترونية وأحكامها في الاقتصاد الإسلامي

تخصص شريعة وقانون

إعداد الطالب:

عيسى بن مصطفى

إشراف الدكتورة:

أمينة شودار

اللجنة المناقشة

الدكتور: نور الدين بوحمزة....................رئيسا
الدكتورة: يمينة شودار ....مقررا
الدكتور: نعيمة كروش.......................عضوا
الدكتور: ابراهيم بلحيمر....................... عضوا
الدكتور: مراد بلعباس .... عضوا
الدكتور: فريد صحراوي.................... عضوا
الدكتورة: فريدة عيادي.......................عضوا

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــداء

أهدي هذا العمل إلى والديّ الكريمين " أبي " حفظه الله الذي انفق بياض نهاره وسواد ليله كدّا وتعبا لأنال مرادي.

وإلى التي حملتني كرها و وضعتني كرها و أحق الناس بصحبتي " أمي " حفظها الله.

- إلى الغالية زوجتي " زينب " التي صبرت معي طيلة سنوات البحث و كانت لي سندا و معيّنا

- إلى أولادي الأعزاء " إيمان " ، " ياسين " ، " يونس " ، " عبد القادر " .

- إلى كل إخوتي و أخواتي و الأهل و الأقارب.

- إلى كل أساتذتي الذين تعلمت منهم و لا أزال.

- إلى كل أصدقائي و زملائي و بالأخص " مسعود شبيرة " و " سمير بن إبراهيم " ، " و محمد بن درة " ، و إلى كل من هم في قلبي و لم يذكرهم قلمي .

شكـــــر

بعد تمام هذا البحث فإني أشكر الله العظيم الجليل على فضله و إحسانه و توفيقه فله الحمد كما ينبغي لجلال وجهه و عظيم سلطانه .

ووفاء لأهل الفضل و عرفانا بالجميل لا يسعني إلا أن أتقدم بخالص شكري وامتناني إلى: الأستاذين المشرفين:

الدكتورة شودار أمينة

و الدكتور محمد عيسى

اللذين كانا لتوجيهاتهما السديدة و ملاحظاتهما الدقيقة الأثر الكبير و البالغ في إتمام هذا البحث .

- و شكري الجزيل للسادة الأساتذة المناقشين الأفاضل الذين بذلوا نصيبا من وقتهم الثمين لقراءة هذه المذكرة و سدّ ما فيها من خلل .

- و أتقدم بشكري الخالص إلى جميع أساتذتي الذين تربيت على أيديهم من المرحلة الابتدائية إلى اليوم .

- و من العرفان بالجميل أن أسجّل شكري و أمتناني إلى كل من ساعدني في تقويم هذا الجهد و خاصة الدكتور أحمد بورزق و بولنوار قديري . . .

و كذلك منارة العلم " جامعة الجزائر" و أخص بالذكر كلية العلوم الإسلامية، فإلى هؤلاء جميعا علماء و أساتذة و موظفين و إدارة صادق الشكر و العرفان .

و الله أدعوا أن يجزي الجميع عنا خير الجزاء و الحمد لله أولا و أخيرا .

مقدمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله و الصلاة و السلام على المبعوث رحمة للعالمين.

أما بعد :

فإن التطور التكنولوجي السريع والمذهل الذي نعيشه الآن و الذي يطلق عليه ثورة المعلومات، أدى إلى ظهور وسائل وأساليب جديدة لإبرام العقود لم تكن معروفة من قبل، وهذه الوسائل و تلك الأساليب تطورت ولا زالت تتطور في المستقبل و بمرور الزمن، حيث ظهر ما يسمى "بالسوق الآلي" أو " تجارة الانترنت" أو " المعاملات الالكترونية" عبر شبكة الانترنت التي ربطت العالم بعضه ببعض وألغت الحدود الجغرافية والوسائط المادية لكونها تتم في مجال افتراضي، أدى إلى تغيير المفاهيم السائدة وقضى على عنصري الزّمن والمسافة نتيجة الاقتران بين التقنية والمعلومة، ففكرة الفروق الزّمنية و المكانية التي تفرضها عملية التعاقد بين غائبين غير موجودة لانعدام الفترة الزّمنية بين صدور القبول و علم الموجب به تقريبا هذا من جهة ، و من جهة أخرى تتميز الانترنت بأنها وسيلة يمكن استعمالها من عدّة أشخاص ينتسبون إلى أكثر من دولة في آن واحد، أي أن فكرة الانفصال الجغرافي التقليدية التي يفرضها غياب المتعاقدين من عدمه منعدمة، ذلك أنه يتحقق نوع من الالتقاء الافتراضي يتم فيه إبرام العقد، هذا أدى إلى تغيير مفهوم الغيبة والحضور التقليديين و ظهر نوع جديد فيه حضور زماني و غياب مكاني.

وتبعا لهذا فقد كان من الطبيعي في هذه البيئة التقنية الافتراضية، أن تتغيّر و تتحول أنماط إبرام العقود من النمط المادي إلى النمط التكنولوجي اللامادي، و الذي كان السبب في ظهور طائفة جديدة من العقود يطلق عليها مصطلح (العقود الالكترونية)، نسبة إلى الطريقة التي تبرم بها.

و قد ترتب على تطور وسائل الاتصال الحديثة ودخولها مجالات العمل المالية أن تغيرت بعض المفاهيم الأساسية للعقود بمعناها التقليدي، كفكرة مجلس العقد وأسس التعاقد بين حاضرين وغائبين. حيث فرضت هذه الوسائل الالكترونية نفسها على فكرة مجلس العقد و خلقت نموذجا جديدا لمجلس العقد، ظهر من خلاله تعاقد بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا، و هذا انعكس على حدود مجلس العقد ابتداء و انتهاء.

كما أثر هذا التقدم في وسائل التعبير على الإرادة (الرضا)، الضمنية و الصريحة، حيث ظهر ما يسمى بالمعاملات الالكترونية المُؤَتْمتة، و هي تلك المعاملات التي تتم دون تدخل بشري، بل عن طريق برامج الالكترونية معدّة مسبقا من صاحب الجهاز لإبرام العقود تلقائيا بمجرد الاتصال بها عبر

الشبكة من قبل وسيط إلكتروني آخر مماثل له أو من قبل شخص طبيعي، و هكذا يمكن تصور تعاقد بين جهازين مؤتمين دون التدخل البشري مطلقا، هذا بالإضافة إلى التحميل المباشر والضغط على أيقونة القبول والإرسال كوسائل للتعبير عن الإرادة.

إضافة إلى ما سبق فقد ظهرت آثار هذا التقدم التكنولوجي على فكرة محل العقد (المعقود عليه)، إذ ظهرت أنواع جديدة في مجال التعاقد، فبعد أن كانت محصورة في الأشياء أو البضائع المادية المحسوسة كالعقارات و المنقولات على اختلاف أنواعها، اتسعت بمقتضى التطور لتشمل التعاقد على سلع إلكترونية من حاسوب البائع إلى حاسوب المشتري.

كما كان لهذا التطور أثر في مجال الإثبات، فمع انتشار وسائل الاتصال المستخدمة أصبح تبادل الرسائل يتم عن طريق الوسائط الالكترونية، و بدأت المستندات الورقية تتراجع شيئا فشيئا لكثرة الاعتماد على الدعامات الالكترونية كالأشرطة الممغنطة والأقراص الممغنطة وغيرها نظرا لسرعتها الفائقة في نقل المعلومات و معالجتها و استرجاعها، كما أنها لا تأخذ حيزا كبيرا من المكان بالمقارنة مع المستندات الورقية.

و من خلال ما تقدم يظهر مدى تأثر فقه المعاملات المالية بما يشهده العالم المعاصر من تقدم وتطور في مجال نظم المعلومات و الاتصال و غيرها، مما استدعى ضرورة التفاعل بين الفقه الإسلامي وهذا الواقع المتغير وتلك المستجدات لاستيعابها و تذليل هذه التحديات الفقهية والقانونية للقواعد العامة للعقود التقليدية التي تعتمد على الحضور المادي للأطراف.

و عليه كانت الرغبة أن يكون موضوع هذه الأطروحة المقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية موسوما بـ:

" **المعاملات المالية الالكترونية و أحكامها في الاقتصاد الإسلامي**".

أولا: إشكالية البحث

إن وجود التقنية الحديثة و أثرها على آلية إبرام و تنفيذ العقد، كان لا بد أن يخلق إشكالات و تساؤلات عديدة ، و لهذا تسعى هذه الدراسة للإجابة عن الأسئلة الآتية:

– ما مدى مشروعية العقود الالكترونية عبر الوسائط المستحدثة؟

– هل العقد الالكتروني هو عقد بين حاضرين أم عقد بين غائبين ؟ و ما هو الضابط الذي يرجع إليه في اعتبار العقد بين حاضرين أو غائبين إلكترونيا؟

- هل مشاهدة السلعة بالصور عبر الوسائط الالكترونية يقوم مقام الرؤية الحقيقية؟ و هل تعتبر السلعة المرئية بالصور الفوتوغرافية و المتحركة حاضرة مشاهدة في مجلس العقد أم غائبة مستورة؟

- ما هي وسائل التعبير عن الإرادة (الرضا) في العقد الالكتروني؟ وهل الضغط على أيقونة الموافقة والإرسال تعد قبولا أم لا؟، و ما هي حدود مجلس العقد الالكتروني ابتداء و انتهاء؟.

- ما حكم بيع و شراء الأسماء الشخصية و العلامات التجارية والنطاقات عبر الوسائط الالكترونية؟ و هل تعد أموالا أم لا؟

- هل هذه التحديات التي يثيرها العقد الالكتروني تحتاج إلى وضع قواعد خاصّة مستقلة تنظم العقد الالكتروني خصوصا و المعاملات الالكترونية عموما؟، أم أن القوانين و النظم الحالية والقواعد العامة الفقهية التي تحكم العقود التقليدية يمكن تطويعها لاستيعاب تحديات التقنية الحديثة؟

ثانيا: أهمية الموضوع

تبرز أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

1- الأهمية العملية التي يتسم بها الموضوع ، حيث أصبح التعامل مع شبكة الانترنت أمرا من أمور الحياة اليومية، هذا أدى إلى ظهور أنماط جديدة من العلاقات بين أفراد لم يلتقوا في الواقع إطلاقا ومن الممكن ألا يلتقوا مستقبلا، وهي مسائل جديرة بالبحث والدراسة لبيان التكييف الفقهي لها .

2- أن العقد الالكتروني يبدو للوهلة الأولى، وكأنه لا يختلف عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسائل المستخدمة في إبرامه، إلا أن هذه الوسائل قد طبعت هذا الأسلوب بطابع متميّز و أسلوب فريد كان له الأثر البالغ في قواعد إبرام العقود.

3- أن المعاملات الالكترونية تتم بين أطراف متباعدين مكانا، إلا أن هذه الوسائل المستخدمة في التعاقد قد تلغي أحيانا عاملي الزمن و المسافة، و هي بذلك تحقق لأطراف العلاقة ما يمكن أن يعدّ حضورا حكميا (افتراضيا) بالرغم من فواصل المكان، وهذا يدفع إلى إعادة النظر في عاملي الزمان والمكان في العقد الالكتروني.

4- أن التعامل يكون بين أطراف العلاقة التعاقدية في العقد الالكتروني، ينعدم فيه الأثر المادي لتلك العلاقة أحيانا، حيث لا تقتضي سوى الدخول على موقع الشبكة أو القيام بإرسال رسالة إلكترونية، و ذلك دون أن يتحرك المتعاقد من مكانه.

5- أثّر التعاقد الإلكتروني في نظرية العقد، بحيث يجب البحث في مدى قدرة القواعد الموجودة في هذه النظرية على الانطباق على هذه الصورة الحديثة، أم أن الأمر يقتضي إضافة قواعد جديدة لهذه النظرية، بحيث تتسع لمثل هذه الصورة الحديثة من صور التعاقد.

ثالثا: أسباب اختبار الموضوع:

لقد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع إضافة إلى ما سبق بيانه من أهميته في المعاملات المالية أساب عدّة منها ما يلي:

1- أنه يدخل ضمن متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية.

2- أهمية التعاملات الالكترونية في عصرنا الحاضر.

3- انتشار هذا النوع من العقود مع التقدم التكنولوجي على مستوى العالم و لهذا كان لا بد من بيان أحكامها في الفقه الإسلامي.

4- الوقوف على أهم التحديّات التي يثيرها إبرام العقد الالكتروني و ما تفرضه طريقة إبرامه وتنفيذه من إشكالات.

لهذه الأسباب و أخرى رأيت أن أكتب في هذا الموضوع.

رابعا: المنهج المتبع

- اعتمدت في البحث على المنهج التحليلي ، والمنهج الاستنباطي ، والمنهج المقارن ، وذلك من خلال استنباط الأحكام الشرعية لقضايا البحث بالقياس على قضايا سابقة قدم العلماء فيها تصوّرا شرعيا وحكموا عليها ، مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينها وبين القضايا المعاصرة ، و تحليل وتصنيف و ترتيب المسائل والآراء الفقهية، ثم عقدت المقارنات للوصول إلى التأصيل الشرعي لمسائل العقود الالكترونية المختلفة.

خامسا: الدراسات السابقة في الموضوع

لقد تناول هذا الموضوع عدد من الباحثين، كما خصص لبحثه بعض المؤتمرات العلمية ومن هذه الجهود:

1-الرسائل و المذكرات العلمية :

و من الباحثين الذين تناولوا هذا الموضوع ما يلي:

أ- عبد الرحمان السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام بن سعد الإسلامية.

ب- عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة.

ج- ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، الجامعة العراقية، كلية الشريعة،2012.

د- علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، 2006.

ه- محمد سعيد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة و القانون، القاهرة.

و- أحمد أمداح، التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير ، جامعة باتنة، 2006.

ي- سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، 2007.

ك- عاصم أحمد عطية بدوي، أحكام الصرف الالكتروني في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010.

2- المؤتمرات:

أ . مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بعنوان: " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، العدد السادس، الجزء الثاني، 1420هـ 1990م.

ب . مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، دبي، 1424هـ/2003م.

حيث تعدّ هذه الدراسات بمثابة الأرضية الصلبة في هذا الموضوع، ولكن الملاحظ على هذه الدراسات ما يلي:

أ- أن بعض هذه الدراسات كانت في زمن لم تظهر فيه العقود الالكترونية عبر الانترنت بالشكل الذي عليه الآن، فضلا على أنها جاءت قبل صدور التشريعات المتعلقة بالتعاقد عبر الانترنت، وهذا لا يساعد على وضع الحلول الفقهية المناسبة لهذه المشكلات (الجزائر نموذجا).

ب- أن جل الدراسات قد أخذت بالمفهوم الواسع للعقد الالكتروني و الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، و أما في هذه الدراسة فيكون التركيز على العقود التي يتم إبرامها عبر الانترنت، حيث تعتبر أحدث وسيلة أضافت أفاقا جديدة لعملية التعاقد الالكتروني.

ج- التركيز على جانب دون الآخر، حيث جاءت الحلول الفقهية غير ملائمة مع البيئة التقنية، وذلك أن العقد الالكتروني فيه جانبان أساسيان:

الآلية باعتبارها السبيل الموصلة إلى إبرام العقود الالكترونية، و العقد باعتباره موضوعها.

1- الجانب التقني: و يرتكز هذا المحور على دراسة الآليات التكنولوجية و كذلك التجهيزات اللازمة لإبرام العقد الالكتروني.

2- الجانب العملي التطبيقي: و يرتكز على بيان الحكم الشرعي لكيفية إبرام العقد عبر الانترنت.

و أما في هذه الدراسة سيتم التركيز على إبراز الحكم الشرعي للعقد الالكتروني من جانب الآليات (التقني)، و من حيث التعاقد، حيث تتكون آلية العقد الالكتروني من أدوات تعد هي الوسيلة التي ليس للعقد وجود بدونها، فهي الوعاء الذي يتم فيه العقد (برامج تشغيلية و تطبيقية، عقود الاتصال عبر الشبكة، وعقود تشغيل الخدمة...).

و أما الجانب العلمي فهو مدى توافق ا لعقد الالكتروني مع نظرية العقد في الفقه الإسلامي مع التركيز على النقاط التي يتميّز بها العقد الالكتروني عن غيره من العقود بحكم الوسيلة كالإيجاب والقبول، وسائل التعبير عن الإرادة، الأهلية، مجلس العقد، القبض و الإثبات، حكم بيع و شراء الأسماء الشخصية و العلامات التجارية و البطاقات عبر الوسائط الالكترونية.

-تعرضت الدراسة إلى القضايا المتعلقة باستخدام الصغار للوسائط الإلكترونية والقيام بعمليات البيع والشراء ومدى مشروعية العقود التي يبرمها الصغار عبر الوسائط الإلكترونية في الفقه الإسلامي وكيفية معالجة الآثار المترتبة على ذلك .

و سأحاول في هذا البحث أن آخذ بعين الاعتبار الملاحظات السابقة، بحيث استعرض المشكلات التي لم تثرها هذه الدراسات، و أعالج النقاط التي لم تتطرق لها مستفيدا في ذلك من هذه البحوث السابقة في هذا المجال.

سادسا: منهجية البحث

أما منهجي في البحث فيتلخص في النقاط الآتية:

- بيان مواضيع الآيات القرآنية التي ورد ذكرها في ثنايا البحث بذكر اسم السورة ، و رقم الآية على رواية حفص .
- تخريج الأحاديث وفق طرق التخريج، مع الاكتفاء بتخريج الصحيحين إن وجد فيهما أو في أحدهما دون الآخر، أمّا إذا لم يكن الحديث في الصحيحين أخرجه من المصادر الأخرى المعتمدة، و بيان العزو بالجزء و الصفحة ورقم الحديث.
- التأصيل للمسائل الفقهية ببيان موقف المذاهب الفقهية الأربعة بالرجوع إلى مصادر الأصلية و المراجع المعتمدة لدى أصحابه ، مستدل لكل قول بما ورد من أدلة ، مبينا ما ورد على تلك الأداة من اعتراضات ثم ترجيح ما بدا لي ترجيحه .
- الترجمة للأعلام غير المشهورين ، وذلك ببيان اسم العلم و شهرته و تاريخ مولده و وفاته و أهم أعماله ، بالرجوع إلى كتب التراجم .
- المصادر و المراجع فإني أذكر اسم المؤلف (المشهور)، ثم عنوان الكتاب، و محققه إن وجد متبوعا بدار النشر و البلد ثم الطبعة إن وجدت و السنة، مع إضافة هذه المصادر والمراجع جميعا إلى القائمة المخصصة في آخر البحث.
- أمهّد للمباحث و المطالب بتمهيد بسيط يلقى الضوء على ما سأتناوله من مسائل .
- الالتزام بعلامات الإملاء ووضعها في مواقعها الصحيحة و أعني بها: النقط و الفواصل وعلامات التعجّب و الاستفهام و الاعتراض، و التقيد بوضع الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية بين قوسين.
- إتباع الرسالة بالفهارس الفنية المتعارف عليها ، وستكون الفهرسة للنصوص والمواضيع تبعا لتسلسل الرقمي للصفحات و بالنسبة للأعلام والمراجع سيكون الترتيب هجائيا، وأما الآيات فبحسب ترتيبها في المصحف الشريف، وأما الأحاديث والآثار فحسب ورودها في هذا البحث.
- وضع الهوامش حسب الترقيم المناسب له في المتن، مع اعتبار نسبة النقول والمعلومات الواردة في المتن إلى الكتب المعتمد عليها، و العزو بالجزء و الصفحة .
- التعريفات الاصطلاحية: تكون بالرجوع إلى الكتب الفقهية من المذاهب الفقهية، فإن تعذر فمن الكتب التي اهتمت بالتعريفات الفقهية.

- اذكر التسمية الأجنبية أحيانا لبعض المعاملات والعقود الالكترونية المعاصرة.
- لقد اتبعت في معالجة هذا الموضوع منهجا علميا، و لئن كان موضوع البحث(المعاملات المالية الالكترونية) ، إلا أن القاعدة التي ارتكزت عليها و انطلقت منها هي نظرية العقد في الفقه الإسلامي من حيث أركانه، حيث لا يمكن الحديث عن العقد الالكتروني قبل التعرف على التعاقد التقليدي باعتباره الأساس عند كل تعاقد حديث.
- الاعتماد على المصادر و المراجع التي تحتاجها الدراسة، من كتب الفقه على المذاهب الفقهية الأربعة بشكل أساسي مع الرجوع إلى الأقوال الفقهية الأخرى عند الحاجة، بالإضافة إلى الاستفادة من بعض الكتب الأصولية، و كتب القواعد الفقهية، و بعض الكتب القانونية، و كتب الاقتصاد المعاصرة و خاصة ذات الصّلة بهذا الموضوع، مع التركيز على موضوع البحث و تجنب الاستطراد.

سابعا: خطة البحث

تتكون خطة البحث من مقدمة و بابين و خاتمة، حيث يحتوي كل باب على فصلين و كل فصل على ثلاثة مباحث و كل مبحث على ثلاثة مطالب و فروع و ذلك على النحو التالي:

مقدمة :

وتشتمل على : أهمية الموضوع ، وأسباب اختياره ، والدراسات السابقة ، ومنهج البحث وخطته.

الباب الأول : العقود الإلكترونية وقواعد إبرامها

تم تناوله في فصلين على النحو الآتي :

الفصل الأول : العقود الإلكترونية عن طريق الأنترنت وأنواعها ، تكلمنا فيه عن مفهوم العقود الإلكترونية ، أنواع وطرق العقود الإلكترونية ، والتكييف الفقهي للتعاقد الإلكتروني .

الفصل الثاني : قواعد إبرام العقود الإلكترونية ، بحثنا فيه الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني ، والعاقدان وأحكامهما في العقد الإلكتروني ، ومحل العقد الإلكتروني .

الباب الثاني : الخيارات في العقود الإلكترونية وآثارها

تم تناوله في فصلين كما يلي :

الفصل الأول : أنواع الخيارات وتطبيقاتها في العقود الإلكترونية ، تكلمنا فيه عن خيارات التروي وتطبيقاتها في العقود الإلكترونية ، وخيارات النقيصة وتطبيقاتها في العقود الإلكترونية ، وخيارات الجهالة وتطبيقاتها في العقود الإلكترونية .

الفصل الثاني : آثار العقود الإلكترونية ، بحثنا فيه القبض وأحكامه في العقود الإلكترونية ، وعقد الصرف الإلكتروني ، بالإضافة إلى حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في الإثبات .

خاتمة : تشمل أهم نتائج البحث .

الفهارس

ملخص البحث

و في الأخير أسأل الله العظيم أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم و أن يسدّ كل خلل ويغفر لي ما وقعت فيه من خطأ و زلل، و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الباب الأول

العقود الإلكترونية وقواعد إبرامها

ويتكون هذا الباب من فصلين:

الفصل الأول: العقود الإلكترونية عن طريق الانترنت و أنواعها

الفصل الثاني: قواعد إبرام العقود الإلكترونية

الفصل الأول

العقود الإلكترونية عن طريق الانترنت وأنواعها

إن العقد الإلكتروني من الناحية النظرية لا يقتصر فقط على صورة التعاقد عبر الأنترنت، وإنما يشمل كل وسائل الاتصال التي تدخل الإلكترونيات في تصنيعها كالراديو و التلفاز و الهاتف والفاكس و التلكس و لكن على الرغم من ذلك فإنه يمكن القول بأن العقد الإلكتروني لم يبرز واقعيا و عمليا و قانونيا. بهذه الخصوصية و الأهمية إلا بعد استخدام شبكة الأنترنت هذا من جهة.

و من جهة أخرى فإنه لا يمكننا أن نصنف العقد الإلكتروني ضمن فئة العقود التي تبرم عن بعد بالهاتف و التلكس و غيرها لوجود اختلاف بين العقود الإلكترونية و هذه الوسائل، وخاصة في طريقة إبرام العقد و تنفيذه حيث تتميز بعض العقود الإلكترونية بأنّها تبرم و تنفّذ على الشبكة نفسها و ليس خارجها كما هو الشأن في بقية وسائل الاتصال الحديثة، بالإضافة إلى أن الإيجاب في العقود الإلكترونية عبر الأنترنت يكون موجها للجمهور، أمّا في غيره من العقود التي تبرم بوسائل الاتصال الأخرى كالهاتف و الفاكس فالإيجاب فيها يكون موجها لشخص معيّن.

كما أن طبيعة التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت تسمح بحضور حكمي للأطراف يتم من خلال تفاعل بين المتعاقدين، و على هذا فإن التركيز في هذه الدراسة سينصب على العقود الإلكترونية عبر الأنترنت، إذ هي آخر التطورات العلمية حاليا في نقل المعلومات

و لذا سنتناول في هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم العقود الإلكترونية و تمييزها عن غيرها من وسائل الاتصال الحديثة.

المبحث الثاني: أنواع و طرق العقود الإلكترونية.

المبحث الثالث: التكييف الفقهي للعقود الإلكترونية.

المبحث الأول: مفهوم العقود الإلكترونية و تمييزها عن غيرها من وسائل الاتصال الحديثة.

لقد كان لظهور شبكة الأنترنت[1] ووسائل الاتصال الحديثة آثارا عميقة على مفهوم العقد نظرا لما قدمته هذه الوسائل من تسهيلات في مجال المعاملات دون التقيّد بالحدود المكانية و الزمانية، ولما كان للتعاقد عبر الأنترنت صورا كثيرة، بالإضافة إلى التشابه الحاصل مع بعض العقود التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة يكون لزاما علينا أن نوضّح الفرق بين صورة التعاقد عبر الأنترنت (العقد الالكتروني) و صورة التعاقد عن طريق الوسائل الأخرى و عليه سوف نقسّم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم العقود الإلكترونية

رغم أهمية العقود الإلكترونية إلا أن الاتفاق على تعريف واحد جامع مانع للعقود الإلكترونية يبدو صعبا نظرا لاختلاف الأعراف و الأنظمة الدولية ووجهات النظر من رجال القانون والفقه والمنظمات الدولية، و نظرا لكثرة هذه التعاريف فإننا سنقتصر على سرد أهم هذه التعاريف.

لقد تم تعريف العقد الإلكتروني في مشروع الأمم المتحدة لقانون التجارة الإلكترونية[2] على أنه: «نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات »[3].

---

1 – لكونه مصطلحا جديدا لم يرد تعريفه لغة في كتب المعاجم، إلا أن الانترنت كلمة انجليزية الأصل تتكون من كلمتين هما Intre و net تعني الكلمة الأولى الاتصال، أمّا الثانية فتعني الشبكة، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط2، 2011، ص 24.

2 – شكلت هيئة الأمم المتحدة لجنة لإعداد قانون موحد للتجارة الالكترونية في ديسمبر 1996 و كان ا لهدف من تشكيل هذه اللجنة وضع قانون نموذجي يسمى بقانون الأونيستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية و قد صدر هذا القانون في 16 ديسمبر 1996 و عدد مواده 17 مادة قانونية، سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي، دار كنوز، اشبيليا، الرياض، ط1، 2011، ص 46.

3 – قانون الأونيستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، النسخة العربية، ص 04.

ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يعرّف العقد الإلكتروني، و لكنّه ركّز على الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما يلاحظ عليه أنه توسع في الوسائل التي تتم بها العقود الإلكترونية، فبالإضافة إلى الأنترنت يدخل جميع الوسائل الأخرى الحديثة[1].

و لقد أورد بعض الفقهاء المعاصرين عدة تعريفات للعقد الالكتروني نذكر منها:

1- العقود الإلكترونية هي التي تتم عبر الوسائل و الآلات التي تعمل عن طريق الإلكتروني[2].

2- عقود معاوضة بين طرفين باستخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات كليا أو جزئيا تحصيلا للأرباح[3].

3- العقد الإلكتروني: هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وسيلة الالكترونية لإبرام مجموعة متكاملة من الصفقات التجارية[4].

نجد أن هذا التعريف للعقد الالكتروني وسّع دائرة التعامل الالكتروني فهو لا يختص فقط بعمليات البيع و الشراء، و إنما يتسع ليشمل مجموعة من العمليات المتصلة بإبرام العقود مثل عمليات الإعلان و التوزيع و التسويق و عمليات الدفع و نحوها من العمليات التي يمكن تنفيذها إلكترونيا[5]

4- العقد الإلكتروني: هو الموافقة التامة بين إرادتين أو أكثر و بأهلية كاملة على إنشاء التزام مالي أو غيره و اقتران الإيجاب بالقبول عبر الأنترنت[6].

---

1 - سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 47.

2 - عبد الله ابن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الالكترونية دراسة فقهية مقارنة، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و ا لقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة و القانون، دبي، 2003م، 2122/5.

3 - علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 2008، ص 48.

4 - سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 54.

5 - المرجع نفسه، ص 54.

6 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، الجامعة العراقية، كلية الشريعة، 2012، ص (46، 47).

وأما فيما يخص فقهاء القانون فقد اختلفت وجهة نظرهم في تعريف العقود الإلكترونية فمنهم من ركز على المعاملات التجارية التي تنضوي تحت هذا المفهوم السابق، و منهم من ركّز على الوسائل المستخدمة في إبرام هذا العقد و من هذه التعاريف:

1- أن العقد الإلكتروني: هو العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا و تتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية، أو مغناطيسية أو ضوئية، أو إلكترومغناطيسية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين[1].

2- العقد الإلكتروني: هو العقد الذي يتم تبادل الإيجاب و ا لقبول فيه عبر وسيط إلكتروني أيّا كان هذا الوسيط[2].

3- و عرّفه آخرون بأنه: « اتفاق شخصين أو أكثر يتلاقى فيه الإيجاب و القبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد، بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها »[3].

أما فيما يخص تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات و القوانين فنجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني، و إنما اعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق و هذا ما نص عليه في المادة 323 من القانون المدني حيث جاء فيها ما نصّه: « يعتبر الإثبات في الكتابة بالشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها...»[4].

1 - محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 49.

2 - سامح عبد الوهاب التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، ط2، 2008، ص 19.

3 - سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار ا لنهضة العربية، مصر 2006، ص 67.

4 - الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم:78 المؤرخة في:10 يونيو 1966 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

أما المشرع الإماراتي فقد عرّف العقد الإلكتروني في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 01 في شأن المعاملات الالكترونية بأنه :« أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية»[1].

ومن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الإماراتي عبّر عن الوسيلة الإلكترونية بالمراسلة الإلكترونية و هذا ربما يؤدي إلى اختلاف ينشأ حول ماهية المراسلات الإلكترونية و هي أخص من الوسيلة الإلكترونية إذ تشملها و غيرها[2] .

و أما المشرع التونسي فقد عرّف العقد الإلكتروني بأنه: « العمليات التجارية التي تتم عن طريق المبادلات الإلكترونية»[3]

و بناء على ما تقدم في التعاريف السابقة يظهر أن كل التعريفات عرّفت العقد الإلكتروني من خلال الوسائل المستخدمة من إبرام هذا العقد و هذا ما أدى إلى عدم تبلور مفهوم نهائي للعقد الإلكتروني، حيث أن هناك من يرى أن المقصود بالعقد الإلكتروني ما يتم إبرامه عبر شبكة الأنترنت، و رأي آخر يرى أن العقد الالكتروني هو الذي يتم عبر كل وسائل الاتصال الحديثة وله صور عديدة يأتي في مقدمتها التعاقدات التي تتم عبر الأنترنت.

و من خلال ما سبق يمكن القول أن الوسائل الإلكترونية المشار إليها تصلح كوسائل للعقد الإلكتروني من حيث المبدأ[4] و لكن لم تصبح بهذه الأهمية إلا بعد استخدام شبكة الانترنت حيث أصبح هذا النمط هو جوهر العقد الإلكتروني و مرتبط به، أما الوسائل الأخرى كالهاتف و الفاكس

1 – القانون الإماراتي الاتحادي رقم 01/06 الصادر بتاريخ 2006/01/30 الجريدة الرسمية رقم 442، المؤرخة في جانفي 2006، ص 31.

2 – إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، كلية الحقوق، ص 74.

3 – عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات و التجارية الالكترونية التونسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 16.

4 – لأن لفظ الإلكترون المضاف إلى العقد يدل على أن العقد قد تم بوسيلة إلكترونية و هذه الوسائل متعددة، كما أن الإلكترون هو شحنات كهربائية دقيقة جدا دائمة الحركة حول جسم هو النواة و الذي هو جزء الذرة، جين يندك، الإلكترون و أثره في حياتنا، دار المعارف، مصر 1957، ص 09.

والتلفزيون فقد أصبحت تقليدية بالنسبة لشبكة الأنترنت و إن كانت تسمى جميعا بوسائل الاتصال الحديثة، و على هذا فإن التركيز سينصب على العقد الإلكتروني عبر الأنترنت دون الوسائل الأخرى.

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من وسائل الاتصال الحديثة

إن تصنيف العقد الإلكتروني ضمن فئة العقود التي تبرم بوسائل الاتصال الحديثة لا يعني التشابه بين وسائل الاتصال هذه و العقد الإلكتروني من كل الوجوه بل إن هناك اختلافا كبيرا بين العقد الإلكتروني وهذه الوسائل، و لذا سنتناول تطور نظام التعاقد في العصر الحديث عبر هذه الوسائل نظرا لأسبقيتها في الظهور زمانيا على العقد الإلكتروني.

. وسائل الاتصال الحديثة

لقد تعددت وسائل الاتصال الحديثة التي استخدمت في إبرام العقود عن بعد و هي على النحو الآتي:

أولا: التلغراف

تم اختراعه و تصميمه على يد خبراء ألمان عام 1834[1] و هو عبارة عن جهاز برقية متصل بأحد فروع هيئة الاتصالات السلكية و عن طريقه يستطيع المشترك الاتصال بأي مشترك آخر يملك نفس الجهاز من أي مكان في العالم و ذلك بتخصيص رقم لكل مشترك يمكن للطرفين من خلاله إرسال أو استقبال الرسائل عبر هذه الأجهزة في ثوان[2].

و يعمل هذا الجهاز على تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهربائية، فيتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية تتحوّل بعدها إلى موجات كهرومغناطيسية تمر خلال سلك أو بالأمواج في الجوّ ليقوم جهاز المستلم باستقبالها و طباعتها على ورق[3].

و قد استخدم التلغراف كوسيلة للاتصال و إبرام العقود عن بعد و اعتبر في وقته ثورة علمية في مجال التعامل و الاتصال.

هناك تشابه بين التعاقد عن طريق التلغراف و العقد الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني ففي كلتا الحالتين يتم التعبير عن الإرادة بواسطة ا لكتابة و لكن الفرق يكمن في أنّه عند الضغط على لوحة التحكم الخاصة بجهاز الكمبيوتر يتم تحويل هذه الحروف إلى رموز رقمية يتم إرسالها عبر الأنترنت فيتم تخزينها في صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل إليه، و عندما يفتح المستلم الرسالة الإلكترونية لقراءتها تتحوّل إلى كلمات مفهومة دون الحاجة إلى طباعتها على ورق بخلاف الحال في التلغراف فلا يمكن قراءة الرسالة إلا بعد طباعتها على ورق[4].

---

1 – عماد الدين خلف الحسيني، عالم الاتصالات بين الماضي و الحاضر و المستقبل، مركز الأهرام للترجمة و النشر، القاهرة، ط1، 2000، ص 10.

2 – سمير طه عبد الفتاح، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستخدمة في الإثبات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص 75.

3 – عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1997، ص 26، 27.

4 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 44.

بالإضافة إلى أن العقد الإلكتروني يتم من خلال أكثر من وسيلة متاحة أمام المتعاقدين فضلا عن الكتابة.

ثانيا: الهاتف

يعتبر علماء الأمريكان أوّل من انشأ نظام الهاتف في العالم[1] و تقوم فكرة الهاتف على استخدام نفس تكنولوجيا التلغراف أي سريان التيار الكهربائي في الأسلاك النحاسية و تقوم سماعة الهاتف عن طريق شريحة نحاسية رقيقة من المعدن بتحويل هذه الذبذبات الكهربائية إلى إشارات صوتية تحاكي الصوت الأصلي للمتحدث[2] .

و يعدّ الهاتف الأداة الأكثر شيوعا في مجال العقود و المعاملات من بين وسائل الاتصال الحديثة إذ يتمثل دوره في نقل الصوت من شخص لآخر، فالتعبير بواسطة الهاتف هو تعبير لفظي و ليس كتابي.

كما أن التقنيات الحديثة تمكنت من اختراع نوع آخر من الهاتف حيث يمكن مشاهدة كلا العاقدين لبعضهما عند التخاطب و جعل الصورة مصاحبة للصوت[3].

ونلاحظ أن هناك تشابها بين التعاقد بواسطة الرسائل القصيرة عبر الهاتف المحمول و التعاقد بالبريد الإلكتروني، إلا أن الثاني يختلف عن الأول في تعدد الوسائط فلا يقتصر على الصوت كما في الهاتف و إنما يكون معه الصورة و الحركة و الكتابة و هي أبلغ في التفاعل، فضلا عن أن العقد الإلكتروني يكون متاحا للجمهور، في حين أن الهاتف يعد وسيلة لتفاهم الطرفين فحسب.

---

1 - العالم الأمريكي السكندر براهام بل، حسن عماد مكاوي، تكنولوجيا الاتصال الحديثة في عصر المعلومات، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، ط2، 1997، ص 43.

2 - المرجع نفسه، ص 43، علي محي الدين القرة داغي، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1992، ص 11.

3 - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية، جامعة الكويت، الكويت، ط1، 2003، ص 17، 18، عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 55.

ثالثا: الفاكس

تقوم فكرة الفاكس على نقل الصورة الثابتة من مكان لآخر عبر شبكة الهاتف[1] و يعدّ من أسرع الخدمات البريدية و أكثرها تطورا، و يمكن بواسطة الفاكس نقل الرسائل و المستندات المكتوبة باليد و المطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها.

ويختلف التعاقد عن طريق الفاكس عن العقد الإلكتروني في أن ما يستقبله كل طرف عبر جهازه لا يمثل سوى نسخة تم إرسالها للطرف الآخر و تبقى أهمية و مصداقية هذه النسخة مرهونة بالأصل الموجود لدى المرسل.

رابعا: التلفزيون

يعرّف البث التلفزيوني على أنه نشر متزامن للبرامج و المعلومات الترفيهية و التعليمية المصوّرة والموجهة لجمهور كبير من المشاهدين عبر القنوات المرئية محليا و دوليا عن طريق الأقمار الصناعية[2].

و قد مرّ البث التلفزيوني بمراحل مختلفة من التطور، مما جعل نقل الصورة الملونة أمرا ميسورا مع وضوح الصوت و الصورة، و قد اختلف الفقه في إطلاق اصطلاح التعاقد عن طريق التلفزيون على العقد، لأن دور التلفاز يقتصر فقط على عرض السلعة أو الخدمة فإذا ما رغب أحد المشاهدين في التعاقد فإنه يقوم بالاتصال بالهاتف و من ثمّ فهو تعاقد عن طريق الهاتف أو على الأقل أن القبول تم من خلال الهاتف[3].

ويكمن وجه الشبه في التعاقد عن طريق التلفزيون مع العقد الإلكتروني من حيث أنّ عرض السلعة يكون بالصوت و الصورة و الحركة، و لكن الفرق يكمن في أن البث أو الإرسال التلفزيوني يكون من جانب واحد فلا تكون هناك إمكانية للتجاوب هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن عملية

---

1 – عماد الدين خلف الحسيني، عالم الاتصالات بين الماضي والحاضر والمستقبل ، مرجع سابق، ص 40.

2 – ماهر إسماعيل صبري، الموسوعة العربية لمصطلحات التربية و تكنولوجيا التعليم، مكتبة ا لرشيد، الرياض، ط1، 2002، ص 148.

3 – سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 2006، ص 135.

التعاقد في العقد الإلكتروني تتم بوسيلة واحدة ألا و هي الانترنت، أمّا في حالة التعاقد عبر التلفزيون فلا يمكن إرسال القبول عبر التلفزيون و لكن يجب استخدام وسيلة أخرى للاتصال هي الهاتف.

و قد ذهب أغلب الفقهاء المعاصرين[1] إلى أن التعاقد بهذه الوسائل يعتبر تعاقدا عن طريق الكتابة، وأنه تعاقد بين غائبين[2]سواء بسواء لأن هذه الوسائل لا تختلف عن التعاقد بطريق الكتابة التي كانت معروفة قديما عند الفقهاء، فالإيجاب المرسل عن طريق هذه الوسائل يرسل بكتابة مرسومة مستبينة و إن لم تكن بخط العاقد و إنما نقل لصورة منها حرره المرسل بنفسه، ففي الكتابة يكون نقل الإيجاب عن طريق كتاب محمول و هنا يكون عن طريق آلة أوتوماتيكية تلعب دور الوسيط بين المتعاقدين و هذا لا يؤثر في طبيعة التعاقد.

حيث أن التعاقد بهذه الوسائل هو مثل التعاقد عبر الكتابة في أغلب أحواله، ويكون لزاما علينا أن نتطرق لحكم التعاقد بالكتابة عند الفقهاء لبيان حكم العقد الإلكتروني بالكتابة و هو ما سنراه لاحقا.

---

1 - محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2006، ص 168.

2 - هناك من ذهب إلى أن التعاقد بواسطة الهاتف هو تعاقد بين حاضرين لوجود اتحاد زمني بين الطرفين كأنهما يجلسان في مكان واحد، حيث أن مجلس العقد هنا يتحد بزمان المحادثة و ينقض بانتهائها أو بتغيير موضوع المحادثة و هو قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس، مجلة المجمع الفقهي، الدورة السادسة، السعودية، شعبان 1410هـ، مارس 1990، العدد السادس، 785/2.

المطلب الثالث: حكم التعاقد بالوسائل الكتابية المستحدثة

لمعرفة حكم التعاقد بهذه الوسائل المستحدثة يتطلب ذلك التعرض لحكم الكتابة عند الفقهاء وشروطها و مدى توافر هذه الشروط في الكتابة الإلكترونية.

الفرع الأول: أنواع الكتابة

يقسم الفقهاء الكتابة إلى ثلاثة أقسام[1] هي:

1- الكتابة غير المستبينة: و هي الكتابة التي لا يمكن قراءتها فهي بمنزلة الكلام غير المسموع و لا يثبت بها شيء من الأحكام كالكتابة على الماء و الهواء[2].

و قد ذهب جمهور الفقهاء إلى الاعتداد بهذه الكتابة لأنها لا تثبت و لا أثر لها[3].

2- الكتابة المستبينة: و هي الكتابة على شيء يستبين و يكون له بقاء بعد الانتهاء منها و يمكن قراءتها كالكتابة على اللوح و القرطاس[4].

و قد اختلف الفقهاء في الاعتداد بهذه الكتابة على ثلاثة أقوال فمنهم من يرى انه يعتد بهذا النوع من الكتابة و لكن لا يلزم بها عقد حتى ينوي الكاتب إيقاع ما كتب[5].

1 - الكاساني، أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1982، 109/3، ابن نجيم،زين الدين بن إبراهيم ، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ص 340.

2 - المرجع نفسه، ص 340.

3 - الكاساني، مرجع سابق، 109/3، النووي،أبو زكرياء محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، المكتب الإسلامي، بيروت، 167/9، ابن قدامة،عبد الله بن احمد المقدسي ، المغني، تحقيق عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو، دار هجر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 504/10.

4 - الشربيني،محمد بن احمد ، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 254/3، النووي، روضة الطالبين وعمدة المتقين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 40/8.

5 - الكاساني، مرجع سابق، 109/3، الخرشي، شرح الخرشي على خليل، دار صادر، بيروت، 49/4، الشربيني، مرجع سابق، 05/2، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 503/10، 504.

و هناك من يرى أنه يعتد بها من قبيل الصريح[1] و بعضهم يرى أنه لا يعتد بها[2].

3- **الكتابة المرسومة**: وهي الكتابة التي تكون معنونة أي مصدرة بالعنوان على وجه الرسالة وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الكتابة المرسومة من قبيل الصريح فلا يحتاج إلى بيّنة أو من قبيل الكتابة فلا يعمل بها إلا إذا صاحبتها نيّة أو قرينة[3].

و من خلال ما تقدم يمكن القول أنه يشترط لصحة التعاقد بالكتابة شرطان:

الأول: أن تكون الكتابة مستبينة أي ظاهرة مكتوبة على شيء تثبت عليه مثل ما يكتب على الصحيفة إذا كان على وجه يمكن فهمه و قراءته و لذلك لا ينعقد العقد بالكتابة على سطح الماء أو الهواء.

الثاني: أن تكون الكتابة مرسومة أي مكتوبة بالطريقة التي اعتادها الناس في زمانهم وموجهة إلى شخص معيّن.

و بالنظر إلى الكتابة الإلكترونية نجد أن شروط الكتابة بالمفهوم التقليدي متحققة الظهور في الوثائق الإلكترونية المستخرجة من جهاز الكمبيوتر و نحوه من وسائل التقدم العلمي الحديث، على اعتبار أنها وسيلة ناقلة للحروف و الكلمات عن طريق وحدات الإدخال كلوحة المفاتيح في جهاز الكمبيوتر و الذي يؤدي وظيفة الكتابة بشكل أكثر وضوح في القراءة و الفهم و سرعة التخزين والاسترجاع مقارنة بالكتابة التقليدية[4].

و على ضوء ما سبق يتضح أن الكتابة بالوسائل الحديثة يمكن أن تعتبر وسيلة للتعاقد، لأنه ليس هناك ما يدل على أن تكون الكتابة على الورق فقط، لأن الورق الذي كانت تكتب عليه مثل هذه الوثائق قد تطور و اختلف باختلاف الزمان، و مع ذلك لم يأت أحد ليقول بتقييد مفهوم الورق

1 - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 40/8.

2 - المرجع نفسه، 40/8، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 248/3.

3 - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 340.

4 - علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 317.

الذي ينبغي أن تدوّن عليه الوثائق؛ فشرط الكتابة بموجب هذا المفهوم أصبح لا يقصد به الكتابة الاعتيادية التقليدية و إنما سائر الوثائق المكتوبة إلكترونيا و إن كانت لا تتم مباشرة و إنما تحتاج إلى جهاز الحاسب الآلي لقراءتها فقط.

الفرع الثاني: حكم التعاقد بالكتابة

اختلف الفقهاء في صحة التعاقد كتابة سواء بين حاضرين أو غائبين إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: صحّة التعاقد بالكتابة مطلقا[1] سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين و سواء كان المتعاقد بها قادر على النطق أم لا؟ و هو رأي المالكية[2] و بعض الشافعية[3] و الحنابلة[4] .

و من أدلّتهم: أن الرضا شرط في صحة العقود و يعرف بعدّة قرائن تدل عليه و الكتابة وسيلة يعرف بها الرضا فجاز التعاقد بها[5].

القول الثاني: يصح التعاقد بالكتابة لمن كان عاجزا عن النطق، و هو الوجه الأصح عند الشافعية[6] واستدلوا بأن العاقد قادر على النطق باللفظ فلا ينعقد العقد بغيره و لا ضرورة تستدعي العدول عنه إلى الكتابة و بالتالي لا ينعقد عقد بالكتابة مع القدرة على الكلام[7].

---

1 – استثنى الفقهاء عقد النكاح و قالوا انه لا ينعقد بين حاضرين بالكتابة، و اتفقوا على جوازه كتابة من غير القادر على النطق و اختلفوا في عقد الزواج بين الغائبين كتابة، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 231/2.

2 – الدسوقي،محمد بن احمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر بيروت، 3/3، الدردير،أبو البركات أحمد بن محمد العدوي، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر، 14/3.

3 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 168/9.

4 – البهوتي، منصور بن يونس ،كشاف القناع على متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، 148/3.

5 – الدسوقي،حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 3/3.

6 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 190/9، غير أن الراجح عند أكثر محققي المذهب و الوجه الأصح عند النووي هو صحة العقد بها، المرجع نفسه، 169/9.

7 – الشيرازي،ابراهيم بن علي بن يوسف ، المهذب، دار الفكر، بيروت، ط1، 257/1.

القول الثالث: صحة التعاقد بالكتابة للغائبين دون الحاضرين و هو مذهب فقهاء الحنفية[1] واستدلوا بأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر[2].

و قد رجّح أغلب الفقهاء صحة التعاقد بالكتابة سواء بين غائبين أو حاضرين و سواء كانا عاجزين عن النطق أم لا؟ سواء كانت الكتابة من أحدهما و قول من الآخر أو العكس[3]؛ لأن التعبير التعبير بالكتابة عن الرّضا كالتعبير عنه بالنطق، فصلحت كوسيلة لإنشاء العقود، و الظاهر أن التعبير عن الرضا بالكتابة الإلكترونية يمكن إدراجه ضمن التعبير عن الإرادة بالكتابة و لكنها كتابة حديثة من نوع خاص، كتابة الكترونية يمكن قراءتها من قبل ا لكمبيوتر و من قبل الإنسان بعد تحولها من لغة الآلة إلى لغة الإنسان.

وكذلك لأن استخدام الكتابة أحيانا و خاصة في وسائل الاتصال الحديثة أكثر من استخدام اللفظ والمشافهة من إبرام العقد الالكتروني و هو ما سنراه في المبحث اللاحق.

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 138/5، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 340.

2 – ابن الهمام،كمال الدين ، فتح التقدير، دار الفكر، بيروت، ط2/، 246/6.

3 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 93، محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 182.

المبحث الثاني: أنواع و طرق العقود الالكترونية

تتعدد أنواع و طرق العقود الإلكترونية باختلاف المعيار الذي يقوم عليه هذا التقسيم فهناك معيار يقوم على أساس ما إذا كان يتم تنفيذ العقد على شبكة الأنترنت أم يتم تنفيذه خارج هذه الشبكة و معيار آخر يقوم على أساس طريقة إبرام العقد على شبكة الأنترنت حيث أن طريقة إبرام العقد الإلكتروني ليست واحدة، هذا الواقع فرض أنواعا و طرقا للعقد الإلكتروني هي كالآتي:

المطلب الأول: أنواع العقود الإلكترونية

للعقود الإلكترونية أنواع منها:

أولا: عقد الدخول الفنّي للإنترنت

و يعدّ هذا العقد من أهم العقود الإلكترونية و أكثرها انتشارا، لأنه المدخل الأساسي للاستفادة من الحاسوب و استخدامه في إبرام هذه العقود، و ذلك لكون الشبكة وسيلة مهمة للتحاور والتفاوض و نقل المعلومات بين المستخدمين في شتى أنحاء العالم[1].

حيث أنه يتم من خلال هذا العقد السماح للطرف الآخر باستخدام شبكة الانترنت و ذلك بإتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة و إجراء التصفح للمواقع و التعامل معها بالإضافة إلى توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الأنترنت[2].

و يلعب المزوّد بالأنترنت دور الوسيط بين المستخدم من جهة و مورّد المعلومات أو منتجها من جهة أخرى، لذا فهو غير مسؤول أمام الغير عن صحة أو دقة أو سلامة المعلومات التي ينقلها، غير أن أي تقصير يحدث في إتاحة الاستخدام يكون المزوّد مسؤولا عنه مسؤولية عقدية إذ أنه لم يمكّن المستخدم من الانتفاع بالصورة التي يرغب فيها[3].

---

1 – إلياس ناصف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009، ص 47.

2 – محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط3، 2001، ص 37.

3 – محمد حسام لطفي، عقود خدمات المعلومات، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي، دار النشر، القاهرة، 1994، ص 88.

و يلتزم المستخدم في مقابل الانترنت بدفع مبلغ نقدي إلى مزود خدمات الانترنت مقابل دخوله للشبكة.

و قد اختلف الفقهاء المعاصرون في التكييف الفقهي لهذا العقد، حيث يرى عبد الرحمان السند[1] أن العقد بين موفر الخدمة و بين المشتركين هو عقد إجارة لأن مقدّم الخدمة يقوم بتأمين هذه الخدمة مقابل رسوم معيّنة، و مقدم الخدمة هنا هو أجير مشترك لأنه يتقبل تقديم الخدمة لأكثر من واحد في وقت واحد فسمى مشتركا لاشتراك العملاء في منفعته و هو ضامن.

بالإضافة إلى أن شروط الإجارة[2]قد توافرت في هذه المعاملة و عليه يكون مقدم الخدمة ضامن ومن ذلك الصيانة و التعويض حال الانقطاع، كما أن خدمة الأنترنت هي منفعة يؤديها صاحبها إلى طالبها.

و يرى الزهراني أن تقديم خدمة الانترنت يتضّمن شقين:

الأول يتعلق بتأسيس الخدمة و توصيلها إلى الطرف المستفيد، و الشق الآخر يتعلق بتشغيل الخدمة و استمرارها، و يقصد بالتأسيس بيع تلك الوصلات المسؤولة عن وصول الخدمة لطالبها و هي الأدوات التي تستخدم لهذا الغرض، و على هذا فهو يرى أن طالب الخدمة ليس مستأجرا لهذه الوسائل بل مالك لها.

و عليه فأقرب تخريج يمكن اعتباره لمعاملة التأسيس هذه أنها عقد استصناع[3] بدليل أن الصانع هنا قد أخذ قيمة ما يستخدمه من مواد تدخل في صناعته بالإضافة إلى عمله، و هذه هي ميزة عقد الاستصناع عكس الإجارة فهي ترد على منافع العمل فقط دون المواد.

---

1 – عبد الرحمان السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، دار الوراق، الرياض، ط1، ص (88- 90).

2 – الإجارة: هي عقد علة منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض، الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 427/2

3 – عقد استصناع: هو طلب كل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع، ابن عابدين،محمد امين ، حاشية رد المحتارعلى الدر المختار، المكتبة التجارية، مكة، 223/5.

و أمّا ما يتصل بالتشغيل و هو الحصول على الخدمة و تحقق ثمرتها فيرى انّه أقرب إلى عقد الإجارة[1].

ثانيا: عقد الإيجار المعلوماتي

هو عقد بمقتضاه يمكّن مورّد الخدمة المستخدم من استغلال بعض الأجهزة و الأدوات المعلوماتية والانتفا بها فترة زمنية معيّنة و ذلك لقاء مقابل معيّن[2].

و بعد استقبال مقدم الخدمة الرسائل و المعلومات الخاصة بالمشترك يتيح له فرصة الدخول إلى الشبكة و يضمن لهذا الأخير إمكانية استخدام الموقع الذي تمّ فيه تخزين المعلومات و ذلك عن طريق تزويده بوسيلة اتصال خاصة به، و عند هذه اللحظة يبدأ تنفيذ هذا العقد[3]، فأساس هذا العقد يقوم على توافر بيانات و معلومات يتم نقلها إلى الغير.

و قد تم تكييف هذا العقد على أنه عقد إيجار و ذلك لأن مقدم الخدمة يضع إمكانياته الفنية وبعض أجهزته تحت تصرف المشترك لأن غايته تمكين المستخدم من الانتفاع بالعين المؤجرة بينما تبقى ملكية المعلومة لأصحابها[4]، و يعتبر عقد الإيجار المعلوماتي من العقود الأساسية لتوافر استخدام شبكة الانترنت، فمن خلاله تتوافر آلية الاتصال.

ثالثا: التسويق الشبكي

يعتبر من أكثر العقود الالكترونية انتشارا، حيث تطلق عليه عدة أسماء منها التسويق الشبكي أو التسويق متعدد الطبقات، أو السمسرة الهرمية و هو عبارة عن برنامج يحصل فيه المسوّق على

---

1 – عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، ص (147، 148).

2 – عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية و ا لأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2009، ص 263.

3 – محمد عبد الظاهر حسن، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002، ص 81.

4 – ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الانترنت ، مرجع سابق، ص 64.

عمولات أو حوافز مالية نتيجة لبيع المنتج أو الخدمة، إضافة لحصوله على عمولات من كل شخص يتم اعتماده كمساعد أو تابع للمسوق وفق أنظمة و برامج عمولات خاص.[1]

و قد تم استخدامه من أحد التجار الأمريكان حيث أن هذا الأخير طلب من زملائه أن يسوّقوا سلعته التي كانت عبارة عن أدوية لتخفيض الوزن مقابل عمولة محددة و نظام خاص و نظرا لنجاحه تم نقل الفكرة إلى الولايات المتحدة الأمريكية حيث تبنى هذا النوع من التسويق عدّة شركات محققة أرباحا طائلة.

و تتلخص آلية العمل في هذا النوع من العقود في أن يدفع المشترك مبلغا من المال للشركة مقابل شراء منتج من منتجاتها على أن يقوم بالتسويق لأثنين من الزبائن و إقناعهم بالاشتراك في نظام التسويق الشبكي بعد شراء المنتج و دفع ثمنه، ثم إن على كل واحد القيام بذات الدور إلى غاية بلوغ تسعة مشتركين سوى المشترك الأول، و تسمى هذه درجة في عرف الشركة فيدفع له 55 دولارا[2] .

فالمشترك الأول حصل على مساعدين اثنين ثم قام كل و احد بالتسويق لأثنين و هكذا يتم بناء شبكة من الأفراد في شكل متوالية هندسية أساسها اثنان، و إذا توالى نمو الهرم و دخول الأعضاء فيه شهريا أي تحصل في كل شهر على عدد يساوي العدد السابق مضروبا في اثنين وبالتالي ترتفع العمولات لتصل إلى حد أضعاف مبلغ الاشتراك[3].

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لمعاملة التسويق الشبكي

اختلف الفقهاء المعاصرون في نظرتهم لمعاملة التسويق الشبكي كما يأتي:

1 – على محمد أحمد أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 264.

2 – حسن عبد السميع إبراهيم، المعاملات المالية الالكترونية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص 482.

3 – المرجع نفسه، ص 484.

القول الأول: ذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرين حيث يرون تحريم هذه المعاملة و منهم مجمع الفقه الإسلامي في السودان[1] و حسن عبد السميع إبراهيم[2] و أبو العز[3] و غيرهم؛ واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

1- أن المتتبع لنظام التسويق الشبكي يرى أن السلع و الخدمات المسوّقة ما هي إلا ستار وهمي ووسيلة للتحايل[4] .

2- قياس هذه المعاملة على بيع العِينة [5] حيث أن السلعة لم تكن مقصودة لذاتها و إنما القصد منها تحليل المعاملة الربوية وهكذا في معاملات التسويق الشبكي، فالسلعة أو الخدمة ليست مقصودة للمشتركين، و إنما مقصودهم الأول للاشتراك هو الدخل الذي يحصل عليه المشترك من خلال هذه المعاملة و يكون آخر الأمر بتجميع اشتراكات – من أفراد – تديرها الشركة حيث يدفع فيه الأشخاص الذين هم أسفل الهرم حوافز و عمولات يستفيد منها من سبقهم في أعلى الهرم بالإضافة إلى عمولة الشركة[6] و بهذا تصبح المعاملة مبادلة نقد بنقد مع التفاضل و التأخير و هو عين الربا[7].

3- أن المسوّقين و العاملين في النظام الشبكي يعتمدون في تسويق المنتجات على إبراز العمولات و مضاعفتها و التي يمكن تحقيقها من خلال الاشتراك و على أساسه يتم إقناع الشخص بالشراء كما أن لوائح و أنظمة هذه المعاملة معظمها يتعلق بشروط و أحكام الاشتراك و صرف العمولات، أما

---

1 – علي ابن الحسن الحلبي ، تعريف عقلاء الناس بحكم معاملة بزناس و ما شابههما في الفرع أو الأساس، دار الجنان و الدار الأثرية للنشر و التوزيع، الأردن، ص 31.

2 – حسن عبد السميع إبراهيم، المعاملات المالية الالكترونية في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق، ص 302.

3 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 269.

4 المرجع نفسه، ص 270.

5 – بيع العينة، أن يبيع الرجل الرجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل ثم يشتري معلوم إلى اجل ثم يشتريها منه بأقل من ذلك الثمن، الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار العالم الكتب، السعودية 2003، 293/6.

6 – علي بن حسن الحلبي ، تعريف عقلاء الناس بحكم معاملة بزناس ، مرجع سابق، ص 12.

7 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 272.

مجرد الشراء فتحكمه بعض الفقرات و هذا الصنيع ليس من قانون أو عرف تسويق السلع و المنتجات.

4- إن هذه المعاملة أكل لأموال الناس بالباطل، لأن هذا النظام غير قابل للاستمرار فلا بدّ له من نهاية يصطدم بها و يتوقف عندها، فقد ينجح فرد في بناء هرم من تسعة أفراد و يقود فريقه لبناء هرم آخر لكنه في الأخير لا بد من توقف لنمو الهرم و هذا ينعكس سلبا على الطبقات الأخيرة من الهرم[1].

5- تتضمن هذه المعاملة الغرر المحرّم شرعا، حيث يظهر ذلك في المخاطرة و المجازفة و الجهالة في الربح، لأنه إذا كان احتمال نجاح كل عضو في الهرم في ضمّ شخص آخر إليه هو 80% و لكي يسترد رأس ماله لا بد له من تحقيق 17 عملية و الذي يساوي 1.7% و هو احتمال تافه من الناحية العملية[2].

1 - حسن عبد السميع إبراهيم، المعاملات المالية الالكترونية في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق، ص 486.

2 - أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 278.

القول الثاني: و هو قول بجواز هذه المعاملة و ذهب إليه سلطان بن إبراهيم الهاشمي[1] و لجنة الفتوى بالأزهر[2] و غيرهم[3].

و استدلوا لذلك بأدلة منها:

1- أن عمل التسويق الشبكي من قبيل الإجارة فالمشترك يعمل أجيرا لدى الشركة لبيع منتجاتها مقابل مبلغ من المال[4].

و قد أجيب على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق، ذلك أنّ الإجارة يشترط فيها أن يكون الأجر و الجهد معلومان و هما في هذه المعاملة مجهولان حتى يبلغ العدد تسعة و لا يعلم متى يكون هذا[5].

و وأجيب على هذه المناقشة بأن الأجرة و إن لم تكن معلومة إلا أنها ستؤول إلى العلم في نهاية العقد[6].

2- قياس هذه ا لمعاملة على الجعالة[7] و يكون الأجر من باب الجعالة لأن الأجرة غير معلوم قدرها و الجهالة مغتفرة في الجعالة بخلاف الإجارة[8].

---

1 - سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 359.

2 - علي ابن الحسن الجلي، تعريف عقلاء الناس بحكم معاملة بزناس ، مرجع سابق، ص 35.

3 - أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (279-280).

4 - سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 358.

5 - أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 280.

6 - سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص365.

7 - الجعالة: هي الإجارة على منفعة مظنون حصولها، ابن رشد، بداية المجتهدونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت،ط10، 1988، 235/2.

8 - سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص360.

3- قياس هذه المعاملة على جعل السمسار[1] فالأجرة ا لتي تستحقها هذه الشركة تشبه الأجرة التي يأخذها السمسار على عمله[2].

و أجيب على هذا الدليل بما يلي: أن التسويق الشبكي يخالف السمسرة المعروفة فقها من عدّة أوجه هي[3]:

أ – أن السمسرة لا يشترط فيها شراء السمسار سلعة ممن يسمسر له فهو مجرد وسيط عكس ما يحصل في التسويق الشبكي.

ب– أن التسويق المتبع غير مقصود لذاته في التسويق الشبكي و إنما هو ستار وهمي لجمع الاشتراكات فحينئذ يختل ركن من عقد السمسرة ألا و هو السلعة.

ج – يحصل السمسار على عمولته مقابل تسويق السلعة و بيعها[4] أما المسوّق في التسوّيق الشبكي فإنه لا يحصل على العمولة إلا إذا استمر في تسويق السلعة حتى يكتمل العدد المطلوب.

و بهذا يتضح أنه لا علاقة للتسويق الشبكي بعقد السمسرة.

المطلب الثالث: طرق إبرام العقود الالكترونية

إن العقود الإلكترونية لا يمكن إبرامها بطريقة واحدة، لكن تتم بطرق عدّة لا تخرج غالبا على الأنواع الثلاثة الآتي ذكرها:

---

1 – السمسار: اسم لمن يعمل للغير بالأجر بيعا و شراء، السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 15/15.

2 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص359.

3 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (282، 283).

4 – المرجع نفسه، ص 284.

أولا: التعاقد عبر البريد الالكتروني

يقصد بالبريد الإلكتروني استخدام الوسائط الإلكترونية في نقل الرسائل بدلا من الوسائط التقليدية[1].

و يعّد البريد الالكتروني من أشهر الخدمات التي تقدمها الانترنت و أكثرها شيوعا حيث حلّ محل البريد التقليدي و لكن بسرعة فائقة و كفاءة و فاعلية، حيث بإمكان مستخدم الانترنت إرسال رسائل إلى أي شخص له عنوان بريدي إلكتروني، كما يمكنه أيضا تلقي الرسائل من أي مستخدم آخر و كل ذلك في دقائق معدودة.

و تتم هذه الخدمة من خلال فتح حساب مجاني أو مدفوع الثمن في أحد المواقع التي توفر هذه الخدمة، و كل شخص يريد فتح بريد إلكتروني لا بد له من استخدام اسم أو رقم سري لا يسمح للآخرين بالدخول إلى بريده الإلكتروني الخاص به، فإذا أراد المستخدم التعاقد عبر البريد الالكتروني يصدر أمرا بإنشاء رسالة بالنقر على أزرار معيّنة و يقوم بكتابة عنوانه ثم يشرع في كتابة الرسالة و بعدها يصدر أمر الإرسال، و ما هي إلا ثوان حتى تنتقل الرسالة إلى نظام الشركة التي يتبع لها المرسل إليه، وهو بدوره ينقلها فورا إلى المشترك المحدد في العنوان.

و عادة ما يكون عنوان المرسل ووقت الإرسال و تاريخه مخزنا في جسم الرسالة بصورة تلقائية[2]، و هذا حتى يتم التأكد من هوية المرسل و عنوانه بالإضافة إلى الخروج من مشكلة المساحة الزمنية بين كل من المتعاقدين، فيمكن أن يبرم عقد بين طرفين أحدهما مثلا جزائري و الآخر أمريكي حيث يكون هناك فارق زمني في التوقيت بين بلد البائع و بلد المشتري، لذا دعا بعض الفقهاء إلى اعتماد النظام الزمني العالمي لتحديد وقت إبرام العقد[3].

1 – جودت سعادة، عادل فايز السرطاوي، استخدام الحاسوب و الانترنت في ميادين التربية و التعليم، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 70.

2 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 150.

3 – محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ط1، 2004، ص 61.

و قد تم إدراج التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني ضمن العقود التي تبرم بواسطة الكتابة فالإيجاب المرسل عبر البريد الإلكتروني يرسل بكتابة مرسومة و مستبينة، و إن لم تكن بخط العاقد و إنما نقل لصورة منها (لما حرره المرسل بنفسه) و لا فرق إلا في وسيلة نقل الإيجاب.

ثانيا: التعاقد عبر شبكة المواقع

شبكة المواقع هذه ليست هي الأنترنت، حيث تعتبر إحدى النظم الأكثر أهمية و هي بمثابة البوابة الرئيسية للدخول إلى شبكة الانترنت و تسمى الشبكة العنكبوتية، و عن طريق النقر على كلمة أو صورة مرتبطة يقوم برنامج التصفح بعرض مستند آخر، ثم إن النقر على رابط آخر يستدعي مستند آخر و هكذا يمكنك الاستمرار إلى ما لا نهاية[1].

فهذه الشبكة تتيح و عبر آلاف الصفحات الإلكترونية المجال للمتسوقين و الراغبين في التعاقد الإلكتروني اختيار حاجاتهم من السلع و الخدمات و ذلك من خلال محركات البحث الذي تقوده إلى موقع الشركة ، فإذا وصل المتعاقد إلى السلعة أو الخدمة و بعد التأكد من مواصفات السلعة أو الخدمة يضغط هذا الأخير على الأيقونة بالموافقة فيظهر العقد النموذجي الموضوع على الموقع و فيه الشروط و البنود، و بعد الضغط مرّة ثانية على زر الموافقة بعد الاطلاع تتم عملية البيع و الشراء بشكل فوري[2].

فصورة التعاقد هذه قد تمت من خلال برنامج إلكتروني أعده مالك الموقع بحيث يقوم هذا البرنامج بإبرام العقد دون حاجة لتدخل هذا المتعاقد في العملية، و هذا يطرح سؤالا عن مدى صحة هذه المعاملة التي تمت بواسطة البرنامج و ليس بواسطة المتعاقد نفسه، و هل يمكن أن تنسب هذه الإرادة للمتعاقد رغم أنه لم يعبر عنها باللفظ الصريح بل بواسطة البرنامج الذي يتولى إبرام العقد؟

---

1 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 153.

2 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص102.

لقد تعددت المحاولات الفقهية التي بحثت عن أساس قانوني لهذه المعاملة و انقسمت إلى ثلاثة آراء هي[1]:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن يتم منح البرنامج الشخصية القانونية، أي يكون له أهلية إبرام العقود و من أدلتهم:

– أن هذه الشخصية ليست حكرا على الإنسان فقط فهناك كيانات أخرى لها هذه الشخصية كالشركات و الجمعيات و الدولة...

– كما أن الفرد ينسب أي تصرف صادر عن البرنامج إلى البرنامج نفسه و ليس لمن قام ببرمجته فمثلا عند اللعب مع البرنامج ينسب إلى البرنامج و ليس لمن قام بإنشاء برنامج الحاسوب.

و قد اعترض على هذه الأدلة ما يلي:

– أنّ أيّ شخصية قانونية يجب أن تمتلك ذمّة مالية و هذا معدوم في البرنامج فهو لا يتمتع بحقوق و لا يتحمل التزامات[2].

الرأي الثاني: أن البرنامج هو نائب عن مالك الموقع

و من الاعتراضات على هذا الرأي ما يلي:

– أن الوكيل أو النائب يجب أن يقبل الوكالة و البرنامج ليس لدية أهلية لقبول الوكالة.

– أن النائب إذا تجاوز السلطة المحدّدة له في إبرام العقد، فإنه يتم الرجوع عليه و هذا ما لا يمكن تصوره في البرنامج في حالة حدوث خلل فنّي في البرنامج يؤدي إلى تجاوز الحدود المرسومة له.

الرأي الثالث: أن البرنامج هو أداة أو وسيلة يستخدمها المالك للتعبير عن إرادته و بالتالي فإن مالك الموقع هو المتعاقد الأصيل، أما البرنامج فهو وسيلة من الوسائل الحديثة في التعاقد و هذا الرأي تبنّاه أغلب الفقهاء[3] لأنه يضمن استقرار المعاملات.

---

1 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص (93-100).

2 – المرجع نفسه، ص 94.

3 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 100.

فلا يمكن لأي مستخدم للأنترنت الدخول إلى الموقع الإلكتروني إلا بعنوان معروف، و لا يستطيع الدخول مباشرة إلا بكتابة هذا العنوان، و كل شركة صغيرة أو كبيرة ترغب في أن يكون لها مكانا على الشبكة المعلوماتية العالمية (الأنترنت)لا بد لها أن يكون لها موقع إلكتروني يميّزها عن غيرها.

و يمكن حجز و تسجيل هذه الأسماء عبر مواقع متخصصة أو شركات تؤدي هذه الخدمات مثل (www.yahoo.com) و قد جرى في العرف الإلكتروني أن الحصول على أسماء النطاقات والعلامة التجارية يكون بالأسبقية ، فمن سبق غيره إلى اسم فهو له حتى و إن كان الاسم ليس له فإنه يبقى (الاسم) ملكا لمن سبق إليه دون الالتفات لمالك الاسم الحقيقي[1].

لكن السؤال المطروح إذا كانت هناك شركة معروفة باسم و مسجلة به في المؤسسات الدولية ثمّ قام شخص بتسجيل و حجز هذا الاسم على الموقع الالكتروني فهل له الحق في بيع العنوان الإلكتروني رغم أن الشركة تعتبر المالك الحقيقي للاسم، أم يعدّ هذا تعدّيا على حقوق الغير؟

و للإجابة عن هذا السؤال لابد من معرفة مالية هذه الأسماء الشخصية الإلكترونية من عدمها؟ أي هل تعد مالا أم لا؟.

ومن خلال تعاريف فقهاء الحنفية و الجمهور[2] يظهر أن تعريف المال يرجع إلى عرف الناس و عاداتهم، حيث إن مفهوم المال قابل للتبدّل في كل زمان حسب اختلاف المالية في كل عصر و لا يمكن قصر الأموال على صنف معيّن، فكثير من الأشياء لم تكن لها قيّمة بين الناس ثم أثبتت

---

1 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص (326، 327).

2 – اختلف الفقهاء في تعريف المال تبعا لاختلافهم في اعتبار المنافع أو الأشياء غير المادية أموالا أم لا؟، حيث يشترط الأحناف في المال لكي يكون مالا، أن يكون مما يمكن حيازته و أن يكون منتفعا به انتفاعا معتادا، و أما الجمهور فيشترطون أن يكون المال مباح الانتفاع به شرعا وادخاره حال السعة و الاختيار و أن يكون مما له قيمة بين الناس سواء كان منفعة أو عينا، ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 501/4، السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 79/11، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 152/3.

التجارب أنّ لها منافع في استخدامات شتى[1]، و قد أجاز متأخروا الحنفية بيع دودة القز لأنها أصبحت من أعز الأموال في عصرهم[2] .

و قد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الخامس بالكويت أن هذه الأسماء الشخصية الإلكترونية حقوق يعتدّ بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها، حيث أصبح لها قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها[3]، و أما إذا كانت الأسماء ذات شهرة عالمية تعتبر ملكا لأصحابها ولا يجوز الاعتداء عليها دون علم أصحابها الحقيقيين بحجة العرف الإلكتروني و أن من سبق إلى اسم فهو له.

ثالثا: التعاقد بالمزاد الالكتروني

و يطلق عليه بيع المزايدة[4] و هو أن ينادي الرجل على سلعته بنفسه أو بنائبه و يزيد الناس بعضهم على بعض[5].

و المزادات الإلكترونية كالمزادات التي تجري في الأسواق المعتادة و لا تختلف عنها في شكلها وطريقة إدارتها، حيث يبدأ البائع أو المزايد بزيارة مواقع المزادات الإلكترونية المعروفة و الاستعانة بمحركات البحث المتخصصة و بعد اختيار الموقع المتخصص في المزادات الإلكترونية و فتح الصفحة الإلكترونية يجد السلع مرتبة و مصنّفة في قوائم حينئذ يضغط على السلعة المطلوبة لتظهر أمامه صفحة فيها كل المعلومات، و بعد تسجيل اسمه و بياناته المطلوبة يسمح له بالدخول في المزاد حيث

---

1 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 332.

2 – ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 68/4.

3 – قرار مجلة المجمع الفقهي، الدورة الخامسة، الكويت، جمادى الأولى 1409 هـ، ديسمبر 1988، العدد الخامس، 2267/3.

4 – اختلف الفقهاء في حكم بيع المزايدة إلى ثلاثة أقوال: فمنهم من أجازه و منهم من منعه و منهم من أجازه في المواريث والغنائم فقط، و هذا راجع لاختلافهم في النهي سوم الرجل عن سوم أخيه هل يحمل على جميع الأموال أم في حالة دون أخرى، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق 4/*236، ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، 479/6، ابن رشد،بداية المجتهد ، مرجع سابق، 165/2.

5 – السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 76/15.

يحدد المنظمون لكل سلعة مدّة معينة بعدها يحصل صاحب السلعة على أعلى سعر، و بعد أن يرسو المزاد يتم إبلاغه بالفوز بالمزايدة عن طريق البريد الالكتروني[1].

و تختلف المواقع الإلكترونية التي تقوم بإدارة المزادات من حيث أنها لا تقدم خدماتها مجانا بل تشترط رسوما على إدراج السلعة في ا لمزاد و حجز مكان لها على الموقع الإلكتروني التابع للشركة التي تدير المزاد، كما أنها لا تتعهد بردّ رسوم الإدراج للبائعين.

وقد ذهب البعض[2] إلى القول بجواز أخذ هذه الرسوم قياسا على الإجارة حيث أن هذه الشركات قامت بتأجير مكان لها في الموقع الالكتروني لمدة من الزمن مقابل انتفاع البائع بعرض سلعته فما يدفعه من رسوم هو في مقابل المنفعة المتحققة.

و لا تكتفي هذه الشركات بأخذ رسوم الإدراج بل تشترط رسوما أخرى بعد بيع السلعة بشكل نهائي و يتم اقتطاعها من السعر النهائي بأخذ نسبة مئوية متفق عليها بين الطرفين.

و قد ذهب سلطان بن إبراهيم الهاشمي إلى أنه يجوز لشركات المزادات الالكترونية أن تأخذ نسبة معلومة من القيمة النهائية للسلعة قياسا على جعل السمسار حيث أنه هذه الأجرة تشبيه ما يأخذه السمسار على عمله هذا من جهة، و من جهة أخرى قياسا على ما يسمى مسألة قفيز الطحّان[3] والأجرة و إن لم تكن معلومة إلا أنها ستؤول إلى العلم في نهاية العقد[4].

---

1 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 352.

2 – المرجع نفسه ، ص 375.

3 – مسألة قفيز الطحان: أن يستأجر الرجل طحانا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها، أو يدفع غزله إلى من ينسجه ثوبا بجزء منه، و قد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة إلى رأيين، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 192/4، ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 225/2، السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 83/15.

4 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (359-365).

رابعا: التعاقد عبر المحادثة و المشاهدة

يعتبر نظام التخاطب أحد أهم الأنظمة المتوفرة عبر الأنترنت، و هو نظام يتيح إمكانية التحدث إلى الآخرين شفاهة بصوت مسموع أو كتابة عبر الانترنت أو شبكات الخدمة المباشرة، و تختلف المحادثة و المشاهدة عن البريد في أنها تتم في الوقت الحقيقي حيث أن الطرف الآخر يمكنه قراءة الرسالة على الفور و يقوم بالرّد الفوري، و هذا النظام مثل التخاطب الكلامي الفعلي، حيث يمكنك من أن ترى الشخص و يراك عبر كاميرا الويب[1] .

و مادام أن الأصل في العقود تحقق ركن الرضا و التعبير عنه بأيّ وسيلة مفهمة، فإنه يمكن استعمال هذه الطرق كلها في إبرام العقود و الاستفادة من سرعتها و نفعها، لأن الشرع لم يحدد لفظا أو شكلا معيّنا للتعبير عن الإرادة و هذا يجعل الأحكام الفقهية تستوعب كل ما استجد من طرق وأشكال للتعاقد.

1 -أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (156-157).

المبحث الثالث: التكيف الفقهي للتعاقد الالكتروني

بسبب تقدم التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة، ظهرت أنواع كثيرة من العقود و ما زال الناس يستحدثون أنواعا أخرى كثيرة نظرا للحاجة التي تتجدد بتجدد الوسائل المستحدثة فهل تقتصر العقود على ما دل الشرع على جوازه أم يحق استحداث عقود لم تكن موجودة بسبب الضرورة والحاجة؟

المطلب الأول: حكم العقود الالكترونية

اختلف الفقهاء فيما يستجد من عقود لم ترد في الشريعة الإسلامية على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف و المالكية و الشافعية و الحنابلة[1] إلى أن الأصل في العقود أو فيما يستخدمه الناس الإباحة إلاّ ما دلّ دليل على حرمته و استدلوا على ذلك بما يلي:

أولا: الكتاب

1- قوله عز و جل﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ**﴾[2] و هذه الآية دالة على وجوب وفاء المؤمن بما التزم به من عقود و هو عام لم يقتصر على نوع خاص من العقود[3] و يشمل كل العقود المستجدة.

---

1 - السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 124/18، ابن عبد البر،ابو عمر يوسف ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المغرب، 114/17، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 217/2، الشافعي، محمد بن إدريس ، الرسالة، تحقيق أحمد محمد، القاهرة، 1939، ص 232، ابن تيمية، ابي العباس تقي الدين احمد ، مجموع الفتاوى الكبرى، تحقيق حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة، بيروت، 155/29.

2 - سورة المائدة، الآية 01.

3 - القرطبي، محمد بن احمد الانصاري ، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، 248/1.

2- قوله عز و **جل: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾**[1]، فظاهر الآية يقتضي إباحة وجواز سائر أنواع العقود شرط إبرامها بالتراضي بين أطراف العقد من دون تحديد لفظ أو شكل معين بما جعل أحكام الشريعة تستوعب ما استجد من طرق وأشكال لانعقاد العقود[2]بما فيها العقود الالكترونية.

3- قوله عزّ وجل:﴿ **وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ**﴾[3] ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها عامة في الأعيان والأفعال و العقود من باب الأفعال العادية فيكون الأصل فيها الإباحة[4] و لو كانت محرمة لورد دليل بحرمتها.

ثانيا: السنة

1- قوله صلى الله عليه و سلم:« **الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ، فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْهُ** »[5]،ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الله قد أحل العقود

---

1 – سورة النساء، الآية 29.

2 – ابن تيمية، الفتاوى ، مرجع سابق، 155/29.

3 – سورة الأنعام، الآية 119.

4 – ابن تيمية، الفتاوى ، مرجع سابق، 150/29.

5 ابن ماجة، ابو عبد الله محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي، (د.ت.ط)، 1117/2. الترمذي، ابو عيسى محمد ، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط: 1998م، 272/3. الحاكم، ابو عبد الله ، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، 1990م، 129/4. البيهقي، احمد بن الحسين بن علي بن موسى ، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت، ط3، 2003م، 537/9.

والتجارات و المكاسب فما سكت الشّرع عن بيان تحريمه أو تحليله رحمة بنا من غير نسيان فهو عفو لا يجوز الحكم بتحريمه[1].

2- قوله صلى الله عليه و سلم: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا**»[2].

ووجه الدلالة أن الحديث بإطلاقه صريح في وجوب الوفاء بكل عقد ، أو شرط شرطه المسلم على نفسه، إلا ما كان مخالفا لحكم الله و حكم رسوله فإنه باطل[3].

و يستفاد من هذه الآيات و الأحاديث حلّ و جواز ما يستحدثه الناس من عقود و من ضمنها العقود الالكترونية لدخولها في عموم الآيات و الأحاديث السالفة الذكر.

ثالثا: المعقول

– إن العقود و الشروط من الأفعال العادية و الأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب ذلك حتى يقوم الدليل على التحريم[4]، يقول الشاطبي:[5] « الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني و يدل على ذلك

---

1 – ابن القيّم، محمد بن ابي بكر ايوب الزرعي ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الجيل، بيروت، 1973، 1/(344، 345).

2 ابن ماجة، سنن ابن ماجه، 788/2. أبو داود، سليمان بن الاشعث بن اسحاق ، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية- بيروت، 304/3. وقال الترمذي: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، الترمذي، سنن الترمذي، 626/3. ابن حبان، ابو حاتم محمد ، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط2، 1993م، 488/11. الدارقطني، ابو الحسن علي بن عمر بن احمد ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، 2004م، 369/5. الحاكم، المستدرك على الصحيحين، 113/4. البيهقي، السنن الكبرى، 107/6.

3 – ابن القيّم، اعلام الموقعين ، مرجع سابق، 107/1.

4 – ابن تيّميّة، الفتاوى ، مرجع سابق، 150/29.

5 – **الشاطبي**: ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي أصولي حافظ من أهل غرناطة من أئمة المالكية، من مصنفاته: الموافقت في أصول الفقهن والاعتصام، توفي 790 هـ [عبد الحي الكتاني، فهرس الفهارس، تحقيق إحسان عباس، دار الغرب، بيروت، الطبعة الثانية، 1982، (191/1)، الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد ، الأعلام، دار العلم، بيروت، الطبعة الأولى، 2002].

الاستقراء فإنّا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد و الأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة[1]».

يقول ابن تيّميّة:[2] « إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع فنحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام و الشارع اثبت الحكم لثبوت سببه منّا و لم يثبته، ابتداء كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدئة فإذا كنا المثبتين لذلك السبب لم يحرم الشارع ذلك...».

وأنّه ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود إلا عقودا معيّنة، فانتفاء دليل التحريم دليل على عدمه « فثبت بالاستصحاب العقلي، و انتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالا، وإما عفوا كالأعيان التي تحرم»[3].

– أنه لا يشترط إذن خاص من الشارع في صحة العقود يقول ابن تيمية: « فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقودا و لم يكونوا يعلمون لا تحريمها و لا تحليلها فإن الفقهاء جميعهم فيما أعلمه يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها و إن كان العاقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد و لا بتقليد و لا بقول أحد لا يصح العقد إلا الذي يعتقد أن الشارع أحله، فلو كان إذن الشارع الخاص شرطا في صحة العقود لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه»[4].

القول الثاني: أن الأصل في العقود و المعاملات الحظر و التحريم إلا ما دلّ دليل من الشرع على إباحته و هو قول الظاهرية[5].

1 – الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة ، بيروت ، 2/ (305، 306).

2 – **ابن تيمية**: هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله تقي الدين أبو العباس المعروف بابن تيمية ولد بحران (728/661هـ) انتهت إليه الإمامة في العلم والعمل فقيه مجتهد وله مؤلفات كثيرة منها مجموع الفتاوى، اقتضاء الصراط المستقيم، [ابن العماد، عبد الحي بن احمد بن محمد ،شذرات الذهب في اخبار من ذهب، تحقيق محمود الارناؤوط ،دار بن كثير ، دمشق ، ط1 (142/8و 150 ما بعدها).

3 – ابن تيمية، القواعد النورانية، تحقيق أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، ص 120.

4 – ابن تيّميّة، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، 159/29.

5 – ابن حزم، علي بن احمد ، الإحكام في أصول الأحكام، مطبعة العاصمة، القاهرة، 53/1.

و استدلوا على ذلك بما يلي:

1- قوله عزّ و جلّ ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾[1] ووجه الاستدلال أن إباحة العقود تعدّ لحدود الله لأن فيه إباحة لمن منعه الله.

2- قوله عزّ و جلّ ﴿ ... **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** ﴾[2] ووجه الاستدلال من هذه الآية أن الله تبارك و تعالى أخبر أنه أكمل الدين فمن أباح العقود التي لم تجيء في الشرع فقد زاد في الدين ما ليس فيه[3].

و نوقش هذا الدليل بأن من كمال الشريعة و بديع نظامها أنها دلّت على إباحة المعاملات التي يحتاجها الناس في دنياهم، فالشريعة قد جاءت في باب المعاملات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد و أوجب ما لا بدّ منه، و كرها ما لا ينبغي، و ندبت إلى ما فيه مصلحة راجحة و ما لم يرد في الشريعة تحريمه أو إباحته فهو مسكوت عنه[4].

3- قوله صلى الله عليه و سلم من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : «**مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ**»[5].

---

1 – سورة البقرة، الآية 229.

2 – سورة المائدة، الآية 03.

3 – ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، 11/1.

4 – ابن القيّم، أعلام الموقعين، مرجع سابق، 350/1.

5 – رواه البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة – بيروت، ط1: 1422هـ، كِتَابُ الشُّرُوطِ، بَابُ المكَاتَبِ وَمَا لاَ يَحِلُّ مِنَ الشُّرُوطِ الَّتِي تُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ، رقم الحديث: [2735]، 198/3. رواه مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي– بيروت، كِتَابُ اللِّعَانِ، بَابُ إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، رقم الحديث: [1504]، 1142/2.

ووجه الاستدلال أن هذا الحديث قاطع بإبطال كل شرط و عهد و وعد ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقد، لأن العقود و العهود و الأوعاد شروط و اسم الشرط يقع على جميع ذلك[1].

4- و عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه و سلم قال«**مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ**»[2].

ووجه الاستدلال بالحديث أن كل عقد لم يرد في الشرع إباحته فهو مردود ممنوع، فصحّ بهذا الحديث بطلان كل عقد إلا عقد جاء النص أو الإجماع بإباحته[3].

و يتضح مما سبق أن الأساس في العقود تحقق رضا الطرفين، و التعبير عنه و إظهاره بأيّ وسيلة مفهمة، و منه فإن استعمال هذه الوسائل في إبرام العقود لا حرج فيه شرعا مادامت هذه العقود تسير وفق الأحكام الفقهية[4] .

المطلب الثاني: الحضور و الغيبة في العقود الالكترونية

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الحال[5] التي ينشغل فيها المتعاقدان بإبرام العقد فقط إلى عدّة اتجاهات:

– **القول الأول**: يرى أصحابه أن مجلس العقد هو وحدة مكانية أيّ انّه لا بد من أن يصدر الإيجاب و القبول في مكان واحد، فإذا اختلف المكان لا ينعقد العقد و من ثم يشترطون وحدة المكان لانعقاد العقد و هذا قول عند الأحناف و المالكية و الحنابلة[6].

---

1 – ابن حزم، المحلى بالأثار، دار الأوقاف الجديدة، بيروت، 413/8.

[2]رواه البخاري، صحيح البخاري، كِتَابُ الِاعْتِصَامِ بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، بَابُ إِذَا اجْتَهَدَ العَامِلُ أَوِ الحَاكِمُ، فَأَخْطَأَ خِلاَفَ الرَّسُولِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ، فَحُكْمُهُ مَرْدُودٌ، 107/9. رواه مسلم، صحيح مسلم، كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ، بَابُ نَقْضِ الْأَحْكَامِ الْبَاطِلَةِ، وَرَدِّ مُحْدَثَاتِ الْأُمُورِ،رقم الحديث: [1718]، 1343/3.

3 – ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، 42/2.

4 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 157.

5 – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 137/5.

6 – الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 240/4، 241، ابن مفلح، ابراهيم ابراهيم بن محمد ، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإعلامي، بيروت، 20/7، البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 41/5، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 137/5.

حيث جاء في بدائع الصنائع: « و أما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد و هو إتحاد المجلس بأن كان الإيجاب و القبول في مجلس واحد فإن اختلف المجلس لا ينعقد حتى و لو اوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد»[1].

و يقول صاحب مواهب الجليل:« و الذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء و القبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقا و إن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا »[2].

– **القول الثاني:** مجلس العقد هو وحدة زمنية وأنه لا يشترط وحدة المكان للإيجاب والقبول حتى أنهما لو تعاقدا و هما يمشيان و اختلف مكان الكلام الثاني عن الكلام الأول صح العقد ولزم، و بذلك يكون المعتبر في مجلس العقد هو وحدة الزمان و هي المدّة التي يظل المتعاقدان فيها منشغلين بالتعاقد و هو قول منسوب إلى الشافعية[3] و الأحناف[4].

- **القول الثالث:** مجلس العقد هو هيئة معينة وهي الهيئة التي كان عليها المتعاقدان عند صدور الإيجاب و هو منسوب إلى الحنابلة[5].

و من خلال ما سبق من أقوال الفقهاء، نجد أن مجلس العقد بين حاضرين يتكوّن من ثلاثة عناصر المكان و الفترة الزمانية و انشغال المتعاقدين بالعقد، و على هذا الأساس اختلف الفقهاء المعاصرون في العقد الإلكتروني هل هو تعاقد بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين؟

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 137/5.

2 – الحطاب، مواهب الجليلة ، مرجع سابق، 240/4، 241.

3 – الشربيني، مغني المحتاج، 05/5، 06.

4 –ابن الهمام، فتح القدير ، مرجع سابق، 254/6.

5 – المرجع نفسه، 254/6.

الرأي الأول: العقد الإلكتروني عبر الانترنت عقد بين حاضرين حيث أنه لا يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب و القبول و كأن الطرفين الموجب و القابل يجلسان معا في مكان واحد بلا جدران و بالتالي يتّحد زمن الإيجاب و القبول[1].

و من أدلتهم ما يلي:

1- أن مجلس العقد بين المتعاقدين هو زمن الاتصال، و مادامت المحادثة قائمة في شأن العقد فّإن المجلس يعتبر قائما، فمجلس العقد هنا يتحد بزمان المحادثة التليفونية و ينفض بانتهائها أو بتغيير موضوع المحادثة[2].

2- أن فكرة الفروق المكانية بين المتعاقدين غير موجودة في العقد الالكتروني، حيث تتميّز الانترنت بأنها وسيلة يمكن استعمالها من أكثر من شخص ينتسبون إلى أكثر من دولة في آن واحد، أي أن الانفصال الجغرافي و ابتعاد الأجسام غير موجود فقد عوضته بدائل التكنولوجيا، فإن غاب الالتقاء المادي للطرفين المتعاقدين في العقد الالكتروني، فهناك التقاء افتراضي عبر الانترنت يسهّل حدوث نقاش و مفاوضات حول العقد الذي سوف يتم إبرامه[3].

3- أن عناصر مجلس العقد العملية متحققة في العقد الالكتروني على اعتبار وجود فارق كبير بين التعاقد بالرسول و التعاقد بالهاتف، لأن إرادة الموجب حاضرة و إمكانية التوضيح و التفصيل موجودة في الحال للرد على كل أمور العقد و إنهائه دون وجود فاضل زمني بين الإيجاب و القبول، و على هذا فالمعنى المفهوم من اتحاد مجلس العقد هو سماع كل من المتعاقدين للآخر والانتباه لقوله و هذا حاصل في العقد الإلكتروني[4] .

1 - علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنّة المحمدية، القاهرة 1954، ص 177.

2 - جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1999، ص 192.

3 - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 214.

4 - عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات، جامعة ا لنجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص 115.

الرأي الثاني: العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا و مكانا يقوم فيه الجهاز بدور الرسول الذي يحمل الإيجاب إلى من وجّه إليه[1]؛ و من أدلتهم ما يلي:

1- أن مجلس العقد له ركنان، ركن مادي و هو المكان وركن معنوي و هو الزمان و لكل من الركنين أحكام و شروط و آثار تتعلق بهما، و إن قصر المجلس على احدهما دون الآخر يترتب عليه خلل في ضبط كثير من الأمور[2].

2- أن الركن المكاني غير متحقق للغياب المادي للطرفين، فيأخذ التعاقد هنا حكم التعاقد بالرسول و الفرق بينهما فقط هو انه في العقد الالكتروني يكون الإيجاب بلسانه (المتعاقد) أما في الآخر فيكون بلسان الرسول[3].

3- أن الفاصل الزمني موجود لأن وقت التعاقد يختلف من منطقة لأخرى (الفارق الزمني مثلا بين الجزائر و أمريكا).

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن العقد الإلكتروني ليس مثل التعاقد بين حاضرين من كل الوجود ولا مثل التعاقد بين غائبين عن طريق المراسلة و الكتابة من كل الوجوه، فهو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و تعاقد بين غائبين من حيث المكان[4].

فيعتبر تعاقد بين حاضرين حيث لا توجد فترة زمنية تفصل بين صدور القبول و علم الموجب به، غير أن هناك فاصل مكاني بين القابل و الموجب فمكان كل منهما غير مكان الآخر[5].

---

1 – محمد سعيد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 146.

2 – المرجع نفسه، ص 147.

3 – سلهب، مجلس العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 120.

4 – القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القانون، دار البشائر، بيروت، ط1، 1985، ص 18، كاظم عبد السادة عيسى، التعاقد بين غائبين في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة القاهرة، 1984، ص 98.

5 – محمد سعيد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 148.

- **الضابط الذي يرجع إليه في اعتبار العقد بين حاضرين أو بين غائبين إلكترونيا:**

العقد الإلكتروني يتميّز بأنه لا يجمع بين المتعاقدين في مكان واحد، و إنما يجمعهما زمن الاتصال أو زمن التخاطب و يفرق بينهما مكان العقد، و إذا كان هذا هو الحال في العقد الإلكتروني فإن هناك بعض المسائل المتناثرة في كتب الفقه شبيهة بالعقد عبر الوسائط الإلكترونية يمكن من خلالها استخلاص ضابط التعاقد إلكترونيا يرجع إليه في اعتبار العقد بين حاضرين أو بين غائبين إلكترونيا.

بالنظر في نصوص الفقهاء التي تتحدث عن اتحاد زمن التخاطب و اختلاف المكان نجد أن هناك اتجاهين مختلفين[1].

الاتجاه الأول: صحة العقد عند اتحاد زمن التخاطب و اختلاف المكان مع عدم اشتراط الحضور المادّي للأطراف و ينسب هذا القول إلى فقهاء الشافعية و الحنابلة، حيث جاء في المجموع للنووي[2] ما يلي: « لو تناديا و هنا متباعدان، و تبايعا صحّ البيع بلا خلاف»[3]، و في روضة الطالبين أيضا: «ولو تناديا متباعدين و تبايعا صح البيع»[4].

و جاء في الإنصاف: « و لو أقاما في مجلس وبني بينهما حاجز من حائط أو غيره لم يتفرقا »[5].

1 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، مرجع سابق، ص 126.

2 – النووي: هو يحي بن شرف الدين بن حري بن حسن، النوي أبو زكريا محي الدين (676/631 هـ) من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق علامة الفقه الشافعي من تصانيفه: المجمع، روضة الطالبين. [الزركلي،الأعلام، مرجع سابق، (149/8)، السبكي،ابو نصر تاج الدين ، طبقات الشافعية، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، محمد الطناحي، هجر للطباعة، الطبعة الثانية، (395/8)].

3 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 181/9.

4 – النووي، روضة الطالبين ،مرجع سابق2، 438/3.

5 – المرداوي، علي بن سليمان ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث، بيروت، بيروت، 369/4.

و جاء في المغني: « و لو أقاما في مجلس و سدلا بينهما سترا أو بينهما حاجزا أو ناما أو قاما فمضيا جميعا ولم يتفرقا فالخيار بحاله و إن طالت المدة لعدم التفرق».[1]

و تدل هذه النصوص على أن عدم رؤية أحد المتعاقدين للآخر لا تؤثر في صحة العقد.

الاتجاه الثاني: صحة العقود التي يتحد فيها زمن التخاطب و يتبدل المكان بالركوب على الدابة والمشي إلا أنهم يشترطون الوجود المادي للأطراف لحظة التعاقد[2] .

قال السمرقندي[3]: « فأما إذا تبايعا و هما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين فإن كان الإيجاب و القبول متصلين و خرج الكلامان من غير فصل بينهما فإنه يصح البيع فأما إذا كان بينهما فصل و سكوت و إن قل فإنه لا يصح لأن المجلس يتبدل بالمشي و السير هكذا قال عامة مشايخنا»[4] .

و جاء في الفتاوى الهندية: « لا يجوز أن ينادي من بعيد أو من وراء جدر»[5] .

و من هنا و بناء على رأي أصحاب الاتجاه الأول يمكن القول أن الضابط في اعتبار العقد بين حاضرين إلكترونيا هو أن يتم العقد بأي وسيلة تحقق معنى التواصل المباشر بين العاقدين بشرط اتحاد الزمن[6] .

و بهذا يبقى المعيار الزمني المعيار الأنسب و الأكثر مرونة في ظل التطورات الحاصلة في وسائل الاتصال للتمييز بين التعاقد بين حاضرين و التعاقد بين غائبين.

---

1 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 6/4.

2 – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 539/6، العيني ، محمود بن أحمد ، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط1، 1990، 20/7.

3 – السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، فقيه من كبار الحنفية، أقام في حلب، واشتهر بكتابه تحفة الفقهاء، توفي 450هـ [الزركلي، الاعلام ، مرجع سابق، (317/5)، محي الدين الحنفي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانة ، كراتشي، (51/2)].

4 – علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1984، 31/2.

5 – نظام ، و جماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 05/3.

6 – سلطان بن براهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 128.

إن من يمعن النظر في العقد الإلكتروني وفقا لهذه المعطيات يجد أنه يمثل صورة أو أسلوبا خاصا من صور التعاقد ليس مثل التعاقد بين حاضرين من كل الوجوه، و لا مثل التعاقد بين غائبين من كل الوجوه، حيث أن له شبها بكل واحد منهما حسب الطريقة المستخدمة في إبرام العقد كالآتي:

1- إبرام العقد عن طريق البريد الالكتروني:

إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني و كان هناك فاصل زمني بين الإيجاب و القبول يكون تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان و المكان، و ذلك كأن يرسل الموجب إيجابه عبر البريد الالكتروني لشخص ما، و عندما يقوم الموجب له بعد فترة من الزمن بفتح بريده الالكتروني يجد العرض و يردّ عليه[1].

وأمّا إذا تم الإيجاب و القبول في نفس الوقت و كان المتعاقدان على اتصال مباشر دون وجود فترة زمنية فاصلة بين صدور القبول و علم الموجب به يكون هذا التعاقد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان و غائبين من حيث المكان[2].

2- إبرام العقد عن طريق شبكة المواقع:

إذا دخل شخص إلى موقع ليبرم عقدا و أعلن قبوله للعرض، فإمّا أن ينتظر فترة من الزمن لتلقي الرّد فيكون التعاقد في هذه الحالة تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان و المكان ، و إما أن يتلقى ردا فوريا بعد وضع ايجابه دون فاصل زمني، فيكون التعاقد في هذه الحالة تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان و غائبين من حيث المكان[3].

و ذلك سواء كان التعاقد عبر المواقع الإلكترونية عن طريق ا لنقر على أيقونة القبول، أو عن طريق التنزيل عن بعد.

3- إبرام العقد بواسطة المحادثة المباشرة مع المشاهدة:

---

1 - وليد خليل محمد الحواجرة، العقد الالكتروني في الفقه الإسلامي والقانون ، دراسة مقارنة ، الجامعة الاردنية ، كلية الدراسات العليا، 2010،ص 128.

2 - سلهب، مجلس العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 120.

3 - المرجع السابق، ص 148، الحواجرة، العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 94.

يتم التعاقد في هذه الحالة بطريقتين:

أ- إذا كان المتعاقدان يتحادثان بالصوّت و الصّورة و يشاهدان بعضهما البعض في هذه الحالة تعاقد بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا[1].

و قد ذهب البعض[2] إلى اعتبار هذا النوع من التعاقد تعاقدا بين حاضرين زمانا و مكانا لأن المتعاقد عبر هذه الوسيلة يكون قد انتقل حكما إلى المكان الذي يقيم فيه المتعاقد الآخر مما يؤدي إلى تحقق نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن.

ب- إذا كان التعاقد من خلال الكتابة الالكترونية و لم يكن هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها و الرّد عليها برسالة فورية، أو باتصال شفوي يعتبر هذا التعاقد تعاقدا بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة و العلم بها والرّد عليها فهو تعاقد بين غائبين و مكانا زمانا[3].

المطلب الثالث: تكييف العقود الالكترونية من خلال عقود الفقه الإسلامي

البيع في العقد الإلكتروني إما أن يكون سلعة الكترونية حاضرة كبرامج الحاسوب و يتم تحميل البرامج من حاسوب البائع إلى حاسوب المشتري في لحظات، أو استشارة علمية أو طبية أو غيرها، فالمبيع في هذه الحالة حاضر في مجلس العقد أو في حكم الحاضر.

و إمّا أن يكون المبيع عينا غائبة عن مجلس العقد كالأجهزة الالكترونية و السيارات و الكتب وغيرها من السلع العينية و لمعرفة الحكم الشرعي لهذا المبيع يمكن تخريجه على بيع الغائب و على بيع الأنموذج و البيع على البرنامج.

الفرع الأول: بيع العين الغائبة

---

1 – العبودي، التعاقد عن طريق الاتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 148، الحواجرة، العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 95، عبد الله ابن إبراهيم الناصر، العقود الالكترونية، دراسة فقهية مقارنة، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كليّة الشريعة و القانون، دبي، 2003، 2133/5.

2 – العبودي، التعاقد عن طريق الاتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 148.

3 – سلهب، مجلس العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 121، الناصر، العقود الالكترونية دراسة فقهية مقارنة ، مرجع سابق، 2133/5.

اختلف الفقهاء في صحة العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يصح بيع العين الغائبة مطلقا و هو قول الإمام الشافعي في أظهر قوليه و هو المذهب عندهم[1]، رواية عن الإمام أحمد[2].

و من أدلتهم:

أ . ما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم: «**نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ**»[3].

ووجه الدلالة من الحديث أن في هذا النوع من البيوع غرر و ذلك من وجهين:

1- أنه لا يعلم هل المبيع سالم أو هالك

2- أنه لا يعلم هل المبيع يصل إليه أو لا يصل[4] .

ب . أن الصفة لا يحصل بها العلم بالمبيع من كل وجه، فلم يصح البيع بها في بيع السلم[5] كما أن بيع عين لم يرى منها شيئا فوجب أن لا يصح كالسمك في الماء و الطير في الهواء[6] .

ونوقش الدليل الأول، بأن هذا النوع من البيع لا يعد غررا لأنه بيع شيء قد صحّ ملك بائعه وهو معلوم الصفة و القدر[7] و البيع يتميز بما يصفه البائع و الصفة تقوم مقام الرؤية.

وأما الدليل الثاني فنوقش بان بيع الصفة معلوم للعاقدين مقدور على تسليمه فجاز كبيع الحاضرين بخلاف بيع السمك في الماء و الطير في الهواء فهو بيع ما ليس بمملوك[8].

---

1 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 290/9، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 370/3، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 18/2.

2 – ابن مفلح، المبدع ، مربع سابق، 26/4، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 33/6.

3 رواه مسلم في صحيحه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ بُطْلَانِ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَالْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ غَرَرٌ، 1153/3.

4 – الماوردي، علي بن محمد بن حبيب ، الحاوي الكبير، تحقيق على محمد معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 16/5.

5 – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 26/4.

6 –الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، 16/5.

7 – ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 256/7.

8 – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 163/5.

القول الثاني: يصح بيع العين الغائبة مطلقا، و لكن إذا رآها المشتري ثبت له الخيار أن شاء أخذه وإن شاء ردّه و هو قول الحنفية[1] ، و قول عند المالكية[2] ، و الحنابلة[3] في رواية لهم واستدلوا بعموم قوله عزّ و جلّ: ﴿ ... **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** ...﴾[4].

ووجه الدلالة أن بيع الغائب نوع من البيع وصف أو لم يوصف سمى المبيع أولا، فجاز بيعه بعموم هذه الآية[5].

- ما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم: «**مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ**»[6].

ووجه الدلالة من الحديث لا خيار شرع إلا في بيع مشروع[7].

و نوقش الاستدلال بهذا الحديث، بأنه حديث ضعيف جدا بل قد يصل إلى حدّ الوضع[8] ولذا

ولذا

فلا يلتفت إليه لأن فيه عمر بن إبراهيم الكردي[9].

---

1 - السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 7069/13، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 163/5، 292.

2 - الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 296/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 25/3، 26.

3 - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 15/4.

4 - سورة البقرة، الآية 275.

5 - الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 163/5، ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ط2، 28/6.

6الدارقطني، سنن الدارقطني، كِتَابُ الْبُيُوعِ، رقم الحديث: [2805]، 388/3. البيهقي، السنن الكبرى، رقم الحديث: [10426]، 440/5.

7 - الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 163/5.

8 - الزيلعي، عبد الله بن يوسف ، نصب الراية لأحاديث الهداية، دار الحديث، القاهرة، 09/4، العجلوني، كشف الخفاء و مزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، مكتبة التراث الإسلامية، حلب، دار التراث، القاهرة، 321/2.

9 - إبراهيم الكردي، أبو حفص عمر ابن إبراهيم بن خالد الكردي مولى بني هاشم ضعيف غير ثقة كان يروي المناكير، عاش إلى ما بعد (220هـ)، البغدادي، احمد بن علي بن ثابت ، تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية، بيروت، 202/11، ابن حجر العسقلاني، احمد بن علي بن محمد العسقلاني ، لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط3، 280/4، 802.

– و استدلوا بالقياس حيث قاسوا البيع على النكاح و حاصله أن بيع الغائب عقد معاوضة يصح بغير رؤية و لا صفة كالنكاح[1].

و نوقش الاستدلال بأنه قياس مع الفارق لأنّ المقصود في النكاح ليس صفة المنكوحة بخلاف البيع فصفاته مقصودة، بدليل لو وجده معيبا كان له الخيار[2].

القول الثالث: يصح بيع العين الغائبة إذا وصفت لمشتريها أو على الصفة التي تكفي في صحة بيع السلم[3] و هو قول المالكية[4] و قول عند الشافعية[5] في مقابل الأظهر عندهم في المذهب، و رواية عن الحنابلة[6] و هو المذهب عندهم، و رأي الظاهرية[7].

و استدلوا بأدلة منها:

– قياس بيع الغائب على الصفة على المسلّم فيه، بجامع أن كليهما غائب عن مجلس العقد فكما تحصل معرفة المسلّم فيه بالصفات الظاهرة، كذلك تحصل بها معرفة المبيع الغائب عن مجلس العقد وبيع الغائب يتميّز بما يصفه العاقد و الشرع يقبل قول البائع في صفة المبيع كما قبل قوله أنه ملكه[8].

– لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفيّة لأنه لا يمكنه معرفتها غالبا حتى في المبيع الحاضر و الاعتبار بالصفات التي يختلف بها الثمن ظاهرا كالنوع و الجنس و المقدار[9].

---

1 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 32/6. ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 25/4.

2 –الماوردي، الحاوي ، مرجع سابق، 17/5، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 32/6.

3 – و قد اختلف أصحاب هذا الرأي في بعض التفاصيل، فالمالكية يشترطون أن لا يكون المبيع بعيدا جدا أو قريبا يمكن رؤيته، رؤيته، و الشافعية اشترطوا ذكر الجنس و النوع، و الحنابلة ذكروا صفات السلم التي يصح بها البيع.

4 – الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 26/3، ابن عبد البر، التمهيد ، مرجع سابق، 15/13، ابن رشد، بدية المجتهد ، مرجع سابق، 117/2.

5 – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 18/2، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 370/3.

6 – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 62/4، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 33/3.

7 –ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 214/7.

8 – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 25/4.

9 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 33/6.

و بما أن العين المتعاقد عليها عبر شبكة الانترنت هي عين غائبة عن مشتريها يمكن القول أن بيع الغائب مع الوصف الدقيق دافع للغرر و الجهالة، لكن هناك مشكلة أخرى تثار و ذلك أن رؤية السلع العينية عبر الوسائط الالكترونية تكون بعدة وسائل كالرؤية بالصور الثابتة (الفوتوغرافية) أو المتحركة (المرئية) من جميع الزوايا، في هذه الحالة هل مشاهدة السلعة بالصور عبر الوسائط الإلكترونية تقوم مقام الرؤية الحقيقية؟

بحث الفقهاء مسألة قريبة من الرؤية عبر الصور و هي رؤية المبيع بالمرآة، حيث جاء في تحفة الفقهاء: « لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا: لا يسقط خيّاره لأنه ما رأى عين المبيع و إنما رأى مثاله»[1].

و جاء في الفتاوى الهندية: « و لو رأى ما اشتراه من وراء زجاجة أو من مرآة...فليس ذلك برؤية و هو على خياره»[2].

و قال النووي:[3] « و إذا رأي المبيع من وراء قارورة هو فيها لم يكف بل هو بيع غائب لأنّ المعرفة التامّة لا تحصل به و ليس فيه صلاح له»[4].

فالصّورة بالمرآة تشبه إلى حدّ ما الصورة الثابتة و المرئية، و مع ذلك لم يعتبرها الفقهاء رؤية حقيقية للمبيع كالرؤية بالعين المجرّدة لعدم حصول العلم التام بالمعقود عليه و عدم انتقاء الغرر و الجهالة[5].

و على ذلك فالصور بجميع أنواعها عبر الوسائط الالكترونية لا تعدّ رؤية حقيقية و إنما زيادّة في الوصف و تقريبا للرؤية الحقيقية، لأنّ هذه الصوّر قد تتعرض للغش و التدليس و إخفاء العيوب وإظهار المزايا إلى غير ذلك.

---

1 – السمرقندي، تحفة الفقهاء ، مرجع سابق، 88/2، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 33/6.

2 – نظام، الفتاوى الهندية ، مرجع سابق، 63/3.

3 – سبق ترجمته، ص 51.

4 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 291/9.

5 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 203.

إذا فالصورة ليست كالمعاينة الحقيقية و للمشتري الخيار إذا جاء المبيع خلاف الوصف لأنه اشترى غائبا على الصفة[1].

الفرع الثاني: البيع على البرنامج

البرنامج بفتح الباء و كسر الميم و هي لفظة فارسية[2] و هي اسم النسخة التي فيها مقدار المبعوث[3] و المراد بها الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدّل أي ما في الوعاء[4].

فالبيع على البرنامج يعتمد على الأوصاف المكتوبة في الدفتر لتسري على تلك الصفة المكتوبة و قد اختلف الفقهاء في صحة البيع على البرنامج على رأيين:

فالمالكية[5] يرون صحة البيع على البرنامج و استدلوا برفع الحرج و التيسير على البائعين لأن حل حل العدل (فك الوعاء لرؤية المبيع) فيه حرج على البائع من تلويثه و مؤنه شدّة إن لم يرضه المشتري فأقيم الوصف مقام الرؤية[6].

وجاء في الفواكه الدواني: « جاز البيع و الشراء على البرنامج و كان الأصل منعه حتى ينظر بالعين لكنه أجيز لما في حل العدل من الحرج و المشقة على البائع من تلويث ما فيه و مؤنة شدّة إلى أن يرضه المشتري فأقيمت الصفة مقام الرؤية»[7].

وذهب الشافعي للقول بعدم جواز البيع على البرنامج لأنّ فيه غرر[8].

---

1 – المرجع السابق، ص 203.

2 – أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، المغرب في ترتيب المعرب، مكتبة أسامة بن زيد، حلب 1979، 66/1، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 294/4.

3 – أبو الفتح المطرز، المغرب في ترتيب المعرب ، مرجع سابق، 66/1.

4 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 200.

5 – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 294/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 24/3.

6 – الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 24/3.

7 – أحمد بن غنيم بن سالم النقراوي المالكي، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، 106/2.

8 – الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 232/7.

وقد ذهب أبو العز إلى القول بان الكتالوج الإلكتروني و البيع على البرنامج في الفقه الإسلامي يتشابهان في أن كل منهما وسيلة للإعلام بأوصاف المبيع من حيث النوع و الصنف و المقدار والعدد و ثمن كل واحدة من المبيع دون حاجة للانتقال إلى المتجر، و في هذا توفير للوقت و الجهد وتحقيق لمصلحة المتابعين و ليس ثمّة فرق بينهما سوى أن الكتالوج الالكتروني يتم عن طريق الانترنت، و هذا لا يؤثر في الحكم لكون الفارق بينهما شكليا[1].

الفرع الثالث: بيع الأنموذج

و هو ما يدل على صفة الشيء أو هو مثال الشيء الذي يعمل عليه، كأن يريد صاعا من بُرَّ أو شعير و يبيعه الصّبرة على انه من جنسه[2].

و ذلك كأن يري البائع المشتري بعض المبيع دون بعضه.

و قد اختلف الفقهاء في جواز بيع الأنموذج:

القول الأول: يرون صحة البيع بالأنموذج و به قال الحنفية[3] و المالكية[4] و رواية عند الحنابلة[5].

القول الثاني: إذا أراه نموذجا من المبيع، فإن لم يدخل النموذج في البيع لم يصح و إن أدخله صحّ وبه قال الشافعية[6].

القول الثالث: عدم صحّة البيع بالأنموذج و به قال الحنابلة و هو المذهب عندهم[7].

و الفقهاء القائلون بجواز بيع الأنموذج و صحته لا يجيزون هذا النوع من البيوع في جميع أنواع المبيعات، بل هي مقيّدة فقط بالمبيع المثلي دون القيمي[8].

---

1 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 262.

2 – محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، عالم الكتب، بيروت،ط3، 21/4.

3 – السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 72/13، ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، 343/6.

4 –الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 287/4.

5 –المرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، 215/4.

6 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 349/9، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 373/3.

7 – ابن مفلح ، الفروع، مرجع سابق، 21/4، المرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، 295/4.

8 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 199.

جاء في روضة الطالبين: « لا يخفى أن مسألة الأنموذج مفروضة في المتماثلات»[1].

و بما أن أغلب السلع و المبيعات عبر الوسائط الالكترونية من القيميات كالسيارات، والآلات الكهربائية و غيرها، و عليه فهذا النوع من البيوع لا يصح للتخريج على العقود الالكترونية إلا فيما كان مثليا.

و من خلال ما سبق يمكن القول أن العقد الإلكتروني يدخل ضمن البيوع الثلاثة من بيوع الغائب (الغائب على الصفة، البرنامج، الأنموذج) إلا أن بيع الغائب على الصفة و البيع على البرنامج يصلحان للتخريج على العقود الالكترونية بشكل أظهر و أوضح، و ذلك لأن بيع الأنموذج مقيّد بالمثلي دون القيمي.

1 – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 373/3.

الفصل الثاني

قواعد إبرام العقود الإلكترونية

إن العقود الإلكترونية لا تختلف عن غيرها من العقود إلاّ في بعض المميزات و الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد.

و إلى وقت قريب كانت القواعد العامة التي تحكم ما يسمّى بالتعبير عن الإرادة (الإيجاب والقبول) في العقود غير الإلكترونية (التقليدية) تغطي جميع المسائل التي تتعلق بتنظيم مكونات الإرادة وهي (الإيجاب والقبول، و أهلية التعاقد و صحته).

إلاّ أنّه ومع تطور وسائل الاتصال الحديثة، و ظهور و سائل جديدة لإظهار رضا المتعاقد في الفضاء الافتراضي، ظهرت الحاجة إلى وجود قواعد جديدة تحكم التعبير عن الإرادة و تتلاءم مع وسائل الاتصال الحديثة الإلكترونية.

ومع هذا فإن العقد الإلكتروني ما زال يخضع في أغلب أحكامه للقواعد العامة التي تحكم العقد غير الالكتروني، إلاّ انّه و نظرا لخصوصية العقد الالكتروني التي تفرضها وسيلة انعقاده، و هي وسيلة إلكترونية تفتقد للدعامة المادية والتوقيع اليدوي فإنّ الحاجة أصبحت ضرورية لوجود قواعد خاصة تراعي تلك الخصوصية.

و عليه سوف نستعرض في هذا الفصل مدى كفاية القواعد العامة للعقود للتطبيق على العقود الإلكترونية ذات البيئة التقنية المختلفة عن البيئة الماديّة التي تتم فيها العقود غير الالكترونية، لكننا سنحاول التطرق إلى المسائل التي يتميّز فيها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود دون الخوض في الأمور التي تحكمها القواعد العامة يما يتعلق بأركان العقد.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني

المبحث الثاني: العاقدان و أحكامهما في العقود الإلكترونية

المبحث الثالث: محل العقد الإلكتروني

المبحث الأول: الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني

يعتبر الإيجاب و القبول (الصيغة) ركنا أساسيا لتكوين العقد دون وجود خلاف بين الفقهاء حول ذلك[1]، و على الرغم من أنّ مسألة الإيجاب و القبول تعدّ من أدقّ المسائل في العقد، ووجدت لها مساحة واسعة بالتنظيم و الدراسة في القواعد العامة للعقود إلا أنها ما زالت لم تظفر بتنظيم واف في القوانين المنظمة للمعاملات الالكترونية.

و على هذا سنتناول موضوع الإيجاب و القبول الإلكترونيين من خلال إبراز الجوانب التي تخصهما في العقود الإلكترونية دون الدخول في التفاصيل بالشكل الوارد في القواعد العامة للعقود، و تطبيق ذلك في العقود الإلكترونية من الناحية الشرعية.

المطلب الأول: الإيجاب و القبول الالكتروني

ويشمل الفروع الآتية:

الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني

الإيجاب في اللغة من مصدر أوجب الأمر إلى الناس إيجابا أيّ ألزمهم به إلزاما و يقال وجب البيع وجوبا أي إذا ثبت و لزم و استوجبه أي استحقّه[2].

ثانيا: الإيجاب اصطلاحا

للفقهاء في تحديد معنى الإيجاب قولان:

---

[1] – ذهب فقهاء الحنفية إلى أن للعقد ركنا واحدا هو الصيغة أو الإيجاب و القبول، أما الجمهور من المالكية و الشافعية والحنابلة فيرون أن أركان العقد هي الإيجاب و القبول و العاقدان و المعقود عليه (المحل) ، ابن الهمام، فتح القدير ، مرجع سابق، 230/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 03/4، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 13/6، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 6/2، البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 167/3.

[2] – ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ، لسان العرب، المؤسسة المصرية، مادة وجب، 793/1، الفيروز أبادي، مجيد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط، دار الفكر، ط1، 2003، 180/1، الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن علي الرازي ، مختار الصحاح، دار الكتب العربية، ص 295.

القول الأول: عند جمهور الفقهاء من المالكية[1] و الشافعية[2] و الحنابلة[3] حيث يرون أن الإيجاب ما صدر ممن يكون منه التمليك دالا على الرضا (البائع أو المؤجر) وإن جاء متأخرا.

القول الثاني: عند الحنفية حيث يرون أن الإيجاب هو ما صدر أولا من احد المتعاقدين دالاّ على الرضا بصيغة مفيدة لإنشاء العقد[4]، فتحديد الإيجاب و القبول عندهم هو وقت الصدور بغضّ النظر عن الجهة التي صدر منها فما صدر أولا هو الإيجاب .

و الملاحظ لهذا الخلاف بين الفقهاء من تعريف الإيجاب و القبول ، يجده خلافا شكليا لا جوهريا.[5] و لا يترتب عليه كبير ثمرة لأن العبرة بحصول المقصود، و المعنى هذا حاصل في كلا الحالتين سواء كان الايجاب أولا أو آخرا.

و لا يختلف تعريف الإيجاب في اصطلاح فقهاء القانون، عما جاء عليه تعريف الإيجاب في الفقه الإسلامي حيث عرفه بعضهم بقوله: « الإيجاب هو عرض جازم و كامل للتعاقد وفقا لشروط معيّنة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص معينين بذواتهم أو للكافة».[6]

وعرفه آخرون بأنّه: « عرض للتعاقد من أحد الأشخاص إذا اقترن به قبول من الطرف الآخر انعقد العقد»[7].

و لم تورد معظم التشريعات العربية تعريفا محددا للإيجاب الالكتروني على الرغم من اعترافها بجواز التعبير عن الإيجاب بالوسائل الالكترونية[8] و ذلك لأن الإيجاب في العقد الالكتروني لا يختلف عن الإيجاب في العقد التقليدي (غير الالكتروني) إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه.

---

1 – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 422/3، 228/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 4/4.

2 – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 6/2، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 4/3.

3 – البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 149/3.

4 – ابن نجيم، البحر الرائق، 278/5.

5 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 159.

6 – أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 68.

7 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 138.

8 – مكائيل رشيد زيباري، العقود الالكترونية على شبكة الانترنت ، مرجع سابق، ص100

ثانيا: صور الإيجاب في العقد الالكتروني

تتعدد صور الإيجاب في العقد الإلكتروني باختلاف صوّر التعاقد نفسها[1] ففي التفاعل المباشر بين المتعاقدين، يتمثل الإيجاب في عرض للتعاقد يصدر شفاهة من أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر عبر الأنترنت.

و بالنسبة للتعاقد بالمزاد الإلكتروني فإن الإيجاب يتمثل في العطاء الذي يتقدم به المزاد عبر الانترنت حيث يقوم المزايد بالدخول إلى الموقع الإلكتروني الذي يتم فيه إجراء المزاد ثم يقوم بكتابة عطائه، و هذا العطاء هو الإيجاب[2].

أمّا بالنسبة للتعاقد الذي يتم بواسطة البريد الإلكتروني، فإن المتعاقد يوم بإرسال رسالة إلكترونية إلى المتعاقد الآخر، هذه الرسالة تتضمن الإيجاب، و الإيجاب في هذه الحالة هو إيجاب موجّهه إلى شخص معيّن و هو المرسل إليه، حتى و لو تمّ إرسال هذه الرسالة الالكترونية إلى عدد كبير جدا من الأشخاص، فطالما تم تحديد الشخص المرسل إليه، فإن الإيجاب في هذه الحالة يكون موجّها إلى ذلك الشخص أو هؤلاء الأشخاص المرسل إليهم ولذا يقتصر القبول على الأشخاص المرسل إليهم[3] الرسائل الإلكترونية.

أمّا بالنسبة لأهم صورة من صور التعاقد الإلكتروني و هو التعاقد من خلال الموقع الإلكتروني فإن الإيجاب يكون على الموقع الخاص بالتاجر أو مالك السلعة أو الخدمة، حيث يوجد عليه كل ما يتعلق بهذه السلعة أو الخدمة، من معلومات مثل النوع و السّعر[4].

حيث يقوم مالك الموقع بوضع صور ثلاثية الأبعاد لهذه السلع، و هذا يمكّن المشتري من رؤية السلعة رؤية واضحة وحقيقية و ثمنها أمامها، فالصورة في هذه الحالة أصبحت جزءا من الإيجاب، ولكن السؤال المطروح هل يعتبر هذا بمثابة الإيجاب؟

---

1 – راجع المطلب الثاني، طرق إبرام العقد الالكتروني، ص39.

2 – إبراهيم عبيد آل علي، العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص (132-134).

3 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 139.

4 – المرجع السابق ، ص 140.

انقسم الفقهاء إلى رأيين:

ذهب آخرون[1] إلى أنّ مجرد عرض السلعة و ثمنها أمامها لا يعتبر إيجابا و إنّما هو دعوة للتفاوض ودعاية للسلعة لا أكثر و مثله مثل أي إعلان تجاري؛ واستدلوا بأدلة منها:

- أنه لدى متابعة شراء السلعة عبر الأنترنت ينتقل المشتري من مرحلة إلى أخرى حتى تنتهي الصفقة إمّا بالموافقة أو الرفض، إذا لو كان العرض إيجابا تاما لما وجدت تلك المراحل[2].

وذهب غيرهم[3] إلى أن العرض الموجود على موقع الانترنت من صورة السلعة و ثمنها أمامها هو إيجاب تام منتج لإثاره؛ ومن أدلتهم:

- أن الإيجاب عن طريق الموقع الإلكتروني يشبه واجهة (فاترينة) المحل التجاري، فالواجهة تحتوي على الشيء المراد بيعه و سعر هذا الشيء، و كذلك الموقع الإلكتروني يحتوي على صورة الشيء المراد بيعه وسعره وعلى هذا يكون العرض إيجابا تامّا[4].

كما يوصف الإيجاب الذي يتم من خلال الموقع الإلكتروني بأنه إيجاب عام موجّه للجمهور، وذلك لأن التاجر لا يحدّد أشخاصا معينين يوجه إليهم هذا الإيجاب، و إنما هو موجّه لكل شخص يستخدم شبكة الأنترنت فهل لهذا أثر على لزوم الإيجاب؟

لقد بحث فقهاء المالكية مسألة الإيجاب العام فقالوا:«رجل قال في سلعة و قد عرضها: من أتاني بعشرة له، فأتاه رجل بذلك بعد أن سمع كلامه أو بلغه، فهو لازم و ليس للبائع منعه و إن لم يسمعه و لا بلغه فلا شيء عليه»[5].

---

1 – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 245، بشار المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، عالم الكتب الحديث، الأردن، ط1، 2004، ص 59، العجلوني، كشف الخفاء ومزيل الإلباس ، مرجع سابق، ص 69.

2 – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 254.

3 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 140.

4 –المرجع السابق ، ص 140.

5 – الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 4/3، البناني، ثابت بن اسلم ، حاشية البناني على الزرقاني، دار صادر، بيروت، 6/5.

فهذا النص يدل بوضوح على أنه لا يشترط توجيه الإيجاب إلى شخص أو أشخاص معينين بل يصح توجيهه إلى جميع الناس(الجمهور) بشرط أن يكون عرض التعاقد باتُ وجازمُ متضمن لجميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بالإضافة إلى أن لا تكون شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار.

رابعا: النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني

بما أن الإيجاب الالكتروني يختلف عن غيره من حيث وسيلة التعبير عنه و هي الخدمات المتنوعة التي توفرها الشبكة لذلك من الطبيعي أن يتأثر الإيجاب الالكتروني بالصبغة العالمية للأنترنت و يتميز أيضا بالعالمية حيث يستطيع البائع أن يعرض بضائعه و خدماته على سوق واسع من خلال إنشاء موقع إلكتروني له و بذلك يكون للمشتري إمكانيات وفرص هائلة لاختيار الأفضل من البضائع من الناحية النوعية و الكفاءة و الثمن[1].

و نتيجة لما ذكر نجد أن العروض الالكترونية الموجّهة إلى الجمهور قد يقترن بها قبول من عدد كبير من الذين تصل إليهم هذه العروض عبر الشبكة، و هذا ما قد يسبب للتاجر مشاكل من أهمها مشكلة نفاذ المخزون من البضائع لأنه لا يستطيع أن يحدد مسبقا عدد الذين يقبلون العروض، ولا الكمية المحتملة لتلبية جميع الطلبات.

و تفاديا لهذه المشكلة قد يقوم صاحب الإيجاب بوضع تحفّظ على إيجابه يفيد بأنّ الإيجاب محدد بنطاق مكاني (جغرافي) كدولة معيّنة أو إقليم معيّن، و قد يربطه بتحفظ آخر و صريح ينص على عبارة (إلى غاية نفاذ المخزون)، و تتم المفاضلة بين الطلبات العديدة التي تقدم بهذا الخصوص على أساس الأسبقية في تقديم القبول من حيث الزمان[2].

و يثار بصدد هذا التحفّظ المقترن بالإيجاب الإلكتروني الموجه للجمهور تساؤلا فيما إذا كان مثل هذا التحفّظ يتعارض مع ضرورة كون الإيجاب الالكتروني جازما و باتّا؟، و هل ينعقد العقد مع وجود مثل هذا التحفّظ؟

1 – عبد القادر بن عبد الله الفنتوخ، الانترنت (مهارات و حلول)، مكتبة الشقري، الرياض، ط1، 2001، ص 24.

2 – أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 72.

اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك إلى رأيين[1]: فمنهم من يرى أن الصفة الجازمة للإيجاب تستبعد بالضرورة وجود أي نوع من التحفظات صريحة كانت أم ضمنية، و بموجب هذا الرأي متى تضمن الإيجاب تحفّظ فإنه يفقد صفة الإيجاب و يصبح مجرد دعوة للتفاوض.

و هناك من يرى أنه يجب النظر فيما إذا كان التحفظ يعطي الحق لمقدم العرض أن يختار الشخص الذي يتعاقد معه من بين الذين استجابوا للعروض الإلكترونية بالقبول فهنا لا يعدّ ذلك إيجابا باتّا إنما مجرد دعوة للتفاوض — أما إذا كان التحفظ المقترن بالإيجاب لا يسمح لمقدم العرض بأن يختار بحرية الشخص الذي يتعاقد معه، فإن مثل هذا التحفظ لا يجرّد الإيجاب من صفته القاطعة الجازمة و ذلك لأن كل قبول يقترن بذلك الإيجاب ينعقد به العقد حتى نفاذ المخزون في حدود الإقليم المعيّن، و هنا التحفظ لا يمنع الإيجاب الالكتروني و إنما يحدد نطاقه المكاني والكمي فقط، و متى انتهت الكمية المخزونة من البضائع المعروضة ينتهي الإيجاب؛كما أن هذه التحفظات تعتبر شرطا يتم تعليق الإيجاب عليه، بحيث أن الإيجاب لا ينفّذ إلاّ إذا تحقق الشرط[2].

خامسا: حكم رجوع الموجب عن إيجابه

اختلف الفقهاء في حكم جواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر إلى قولين: فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية،[3] و الشافعية،[4] و الحنابلة،[5] إلى أن الإيجاب و حده غير ملزم وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر.

---

1 – نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة موازنة .، الدار العلمية الدولية دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط1، 2001، ص 10.

2 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص (151، 152)، بيسمان نواف فتحي حسين الراشدي، عقود التجارة الالكترونية و قواعد إبرامها، مذكرة ماجستير، معهد البحوث و الدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، 2008، ص 154.

3 – ابن الهمام، فتح القدير ، مرجع سابق 235/5،

4 – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 09/2، النووي، المجموع، مرجع سابق، 199/9.

5 – البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 168/3، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 07/4.

و استدلوا على جواز الرجوع بأن الموجب هو الذي أثبت للمخاطب ولاية القبول، فله أن يرفعها، كما أن الثابت للقابل للإيجاب حق التملك في المعقود عليه، من حيث أن الثابت للموجب حق الملك و هو أقوى من حق التملك فيقدم عليه لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة، والثاني لا يكون للطرف الآخر إلا برضا الطرف الأول، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملّك[1].

كما أن الالتزام لا يتحقق إلا إذا وجد العقد، و العقد لا يوجد إلا بتوافق الإيجاب مع القبول و الرجوع كان قبل القبول و من ثمّ لا ينشأ التزام، و لذا جاز الرجوع عن الإيجاب لعدم وجود التزام يمنع من الرجوع[2].

و ذهب المالكية[3] إلى أن الإيجاب ملزم، و لا يملك الموجب حق الرجوع عن إيجابه و لو قبل القبول و استدلوا على ذلك بأن الموجب قد بذل ذلك من نفسه و أوجبه عليها، و قد أثبت لمن وجّه إليه الإيجاب حق التملّك، فلا يجوز له أن يسقط حق قد ثبت لغيره.

و ثمّة مسألة هامة، و هي في حالة ما إذا ألزم الموجب نفسه بمدة معيّنة ينتهي إيجابه بانتهائها فيقول أن على ايجابي ثلاثة أو عشرة أيام أو من تاريخ كذا إلى تاريخ كذا، فهل يصح أن يتقيّد الموجب بالبقاء على إيجابه هذه المدة؟ أو له أن يرجع عن إيجابه قبل انتهاء الفترة المحددة؟.

يشير الدكتور محمد يوسف موسى[4] و الدكتور سلطان بن إبراهيم الهاشمي[5]، إلى أن هذه المسألة المسألة لم يتعرض لها أحد من الفقهاء صراحة، و لكنه ذكر أن قواعد الفقه الإسلامي لا تأبى اشتراطه إذا اشترط، فيصح أن يقيد الموجب إيجابه بمدّة زمنية معيّنة و يلتزم به و استدل لذلك بأدلّة منها:

---

1 – ابن الهمام، فتح القدير ، مرجع سابق 235/6، النووي، المجموع، مرجع سابق، 199/9.

2 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 169.

3 – الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 07/4، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 29/6.

4 – محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه، مطابع دار الكتاب ا لعربي، مصر، ط3، 1957، ص 327.

5 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 129.

- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[1].

و قد شرط الموجب على نفسه شرطا لا يحلل حراما و هو غير مخالف لمقتضى العقد فوجب أن يلتزم به[2].

و ذكر نشأت الدريني بأن المالكية يرون أن الموجب إذا قيّد إيجابه بمدة تقيّد بها، فلا ينتهي إيجابه بانتهاء المجلس، كما يتقيّد كذلك بما يجري به العرف إذا جرى على تقييّد الموجب بمدة معيّنة[3] بناء على قولهم بعدم جواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول المشتري أو من وجّه له الإيجاب في مجلس العقد[4].

فمن باب أولى يجب أن يكون الإيجاب ملزما إذا حدد الموجب ميعادا يلتزم به بإرادته الصريحة[5].

- كما أن العرف في العقود الإلكترونية جرى بأن يقيّد (الإيجاب) بمدة معيّنة فلا يمكن خلالها للموجب أن يحصل على قبول للإيجاب الذي قدمه من المشتري، ولذا فإن الإيجاب يظل ساري المفعول طالما أن المدة لم تنته بعد، وهو قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة حيث جاء فيه ما يلي: « إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابا محدّد المدّة يكون ملزما بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه»[6].

وهذا الرأي بالإضافة إلى ما تقدم يتفق مع طبيعة المعاملات الإلكترونية و يوفّر الثقة والاستقرار في العقد الإلكتروني.

لكن المدة التي يظل الموجب ملتزما فيها بهذا الإيجاب تختلف من صورة إلى أخرى، لأن صوّر الإيجاب الإلكتروني متعدّدة كما رأينا سابقا.

---

1 - رواه البخاري في صحيحه، كِتَابُ الإِجَارَةِ، بَابُ أَجْرِ السَّمْسَرَةِ، 92/3.

2 - سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 130.

3 - نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود ا لمبادلات المالية، دار الشروق، السعودية، ط1، 1982، ص 274.

4 - راجع ص 05، حكم رجوع الموجب عن إيجابه.

5 - أبو العزّ، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 171.

6 - قرارات مجلة المجمع الفقهي، الدورة السادسة، السعودية، شعبان 1410هـ، مارس 1990، العدد السادس، 785/2.

فبالنسبة للمزاد الإلكتروني يتم تحديد مدّة معيّنة له، يحق للمزايدين أن يقوموا بتقديم عطاءات خلالها إلى أن ينتهي هذا الوقت فيرسوا المزاد على صاحب أكبر عطاء.

وأما إذا كان الإيجاب من خلال الموقع الالكتروني و حدّد مدة معيّنة فإن الإيجاب يبقى ساريا ويبقى الموجب ملتزما بإيجابه طوال الفترة المحدّدة[1] حتى و لو قام بمسحه من على الموقع قبل انقضاء الميعاد الذي حدّده.

لكن السؤال المطروح إذا حدّد الموجب أنّ الإيجاب صالح لمدة شهر فهل يعني ذلك أن المدة تسري منذ وقت علم المتعاقد الآخر بالإيجاب أم منذ وقت وضع الإيجاب على الموقع؟.

و الراجح أن الموجب يلتزم بإيجابه من يوم وضع الإيجاب على الموقع، و ذلك لأنه إيجاب موجّه للجمهور فلا يعقل أن يلتزم الموجب تجاه كل متعاقد بحسب وقت إطلاع هذا المتعاقد على الإيجاب و عليه تبدأ مدّة شهر لكل متعاقد بحسب دخوله على الموقع[2].

و أمّا بالنسبة للإيجاب الذي يتمّ من خلال البريد الإلكتروني، حيث يتم إرسال الإيجاب في رسالة إلكترونية إلى المتعاقد الآخر، فإذا حدّد الموجب ميعادا للقبول في الرسالة الإلكترونية، فإن الميعاد لا يبدأ في السريان إلا منذ وقت علم المرسل إليه بالإيجاب أي بعد إطلاع المرسل إليه على الرسالة الإلكترونية؟[3].

الفرع الثاني: القبول الالكتروني

القبول في اللغة من قبل الشيء يقبله قبولا، الرضا بالشيء و ميل النفس إليه[4].

و أمّا اصطلاحا فللفقهاء في تحديد معنى القبول قولان:

القول الأول: عند الحنفية هو ما صدر ثانيا من العاقد الآخر دالاّ على الموافقة و الرضا بالإيجاب[5].

---

1 – عمر خالد الزريقات، عقد البيع عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، بدون تاريخ، ص 112.

2 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 168.

3 – المرجع نفسه، ص 169.

4 – ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، مادة قبل، 540/11.

5 – ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 278/5.

القول الثاني: عند جمهور الفقهاء من المالكية[1] و الشافعية[2] و الحنابلة[3] هو ما صدر من المتملّك ممن يصير إليه الملك (المشتري) أو ينتفع بالعين المؤجرة (المستأجر) و إن جاء متقدما فالعبرة عندهم بجهة الصدور بصرف النظر عن الوقت.

و لا يخرج القبول الإلكتروني عن هذا التعريف سوى أنّه يتم عن بعد بوسائل إلكترونية تميّزه ببعض القواعد الخاصة التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

أولا: صور القبول الإلكتروني

تختلف صور القبول في العقد الإلكتروني باختلاف صور التعاقد عبر الأنترنت نفسها، وبالنسبة للتعاقد عن طريق التفاعل المباشر فإن القبول يتم شفاهة بين المتعاقدين و هو يشبه التعاقد من خلال الهاتف.

أما بالنسبة للمزاد الإلكتروني فالقبول يكون بإرساء المزاد على صاحب أكبر عطاء تم تقديمه في المزاد الإلكتروني و يتم ذلك بعد انتهاء الوقت المخصّص للمزاد.

وأما القبول عن طريق البريد الإلكتروني فإنه يتم في صورة رسالة إلكترونية يقوم المتعاقد بكتابتها على الحاسوب الخاص به و إرسالها عبر البريد الإلكتروني إلى عنوان البريد الإلكتروني للموجب[4].

أما بالنسبة للمتعاقد من خلال موقع الأنترنت فإن القبول فيها يأخذ شكل الضغط (النقر) على أيقونة القبول بواسطة (فأرة التأشير) على شاشة الحاسوب أو ملامسة لوحة الحاسوب الآلي أو ملامسة أيقونة القبول (OK) و تعدّ هذه الطريقة من أكثر الطرق التي أثيرت بشأنها مناقشات حول مدى صلاحيتها طريقة معترفا بها فقها وقانونا للتعبير عن طريق القبول، وبالتالي ما مدى صحة العقود الإلكترونية التي تبرم من خلالها؟ حيث يتم التساؤل عمّا إذا كان مجرد الضغط على أيقونة الموافقة كافيا للتعبير عن القبول أم لا؟

ثانيا: النقر على إيقونة القبول و تكييفه الفقهي

---

1 – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 422/3، 428/4.

2 – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 6/2.

3 – البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 149/3.

4 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص (175-176).

بما أن صيغة الإيجاب و القبول لا يشترط أن تأخذ مظهرا خاصا في شكل معيّن يرى بعض الفقهاء[1] أنه يمكن اعتبار هذه الطريقة تعبيرا صريحا عن الإرادة عبر الأنترنت، و دليلهم على ذلك ما يلي:

1- أن الشريعة في الأصل لم تحدد طريقة معيّنة بذاتها للتعبير عن القبول، و الأساس في العقود هو صدور ما يدل على الرضا بصورة واضحة و معهودة عرفا، كما تدل على ذلك نصوص الفقهاء حيث جاء في حاشية الدسوقي: « والحاصل أن المطلوب ما يدل على الرضا عرفا »[2]، ويقول صاحب المغني: « أن الله أحل البيع و لم بيّن كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف»[3].

يقول ابن القيّم[4]: « فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب إتباع مراده، و الألفاظ لم تقصد لذواتها و إنما هي أدلّة يستدل بها على مراده ووضح بأي الطريق كان عمل بمقتضاه سواء كان بإشارة أو بكتابة أو بإيماء أو دلالة عقلية...».[5]

و هذا متحقق تماما بالضغط على أيقونة القبول.

2- أن هذه الطريقة معهودة و متعارف عليها بالنسبة لمستخدمي الأنترنت فمثلا عندما يصدر المستخدم أمرا للكمبيوتر بإلغاء ملف من الملفات نجد أن الكمبيوتر يصدر رسالة تتضمن سؤالا (هل بالتأكيد تريد إلغاء الملف) فإن ضغط المستخدم على أيقونة نعم فإن الكمبيوتر يلغي الملف[6] ونوقش

---

1 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 164.

2 – الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 4/3.

3 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 5/4، النووي، المجموع، مرجع سابق، 191/9.

4 – **ابن القيم**: هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن مسعد الزرعي (691-751هـ) شمس الدين أبو عبد الله الدمشقي الحنبلي المعروف بابن القيم الجوزية، كان أبوه قيما على مجرسة الجوزية بدمشق ، فرف بذلك فكثر من التصنيف، من مصنفاته إعلام الموقعين عن رب العالمين، زاد المعاد في هدي خير العباد، الحكمة في السياسة الشرعية [ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب،1986، (287/8)، ابن حجر ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقيق محمد علد المعيد ضان، دائرة المعارف العثمانية، الهند، الطبعة الثانية، 1972، (65/1)].

5 – ابن القيم، اعلام الموقعين ، مرجع سابق، 218/1.

6 – إبراهيم عبيد على آل علي، العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص (174-175).

هذا الدليل بأنه لا يمكن الركون للعرف في العقود الإلكترونية لأن العرف مازال حديثا ولم يبلغ درجة الاستقرار.

3- يمكن قياس النقر على الإيقونة على البيع بالإشارة حيث ينعقد العقد بإشارة الأخرس المعهودة عرفا ما دامت لا تثير شكّا في حقيقة مدلولها كتحريك الرأس أفقيا دلالة على الرفض أو عموديا دلالة القبول و هذا باتفاق الفقهاء[1]، و أما الإشارة لغير الأخرس ففيها خلاف بين الفقهاء فذهب الحنفية[2] و الشافعية[3] و الحنابلة[4] إلى منع اعتبارها في العقود مطلقا، و أما المالكية[5] قد أجازوا التعاقد التعاقد بالإشارة و لو كان المتعاقد ناطقا و هو القول الراجح فتكون الإشارة المفهمة المعهودة عرفا دليلا على الرضا.

غير أن احتمال ورود خطأ يبقى قائما فقد يقع الضغط على أيقونة القبول خطأ من غير قصد ولا إرادة أو خطأ من خلال شخص آخر، و لتجنب هذه الأخطاء وجب العمل بنظام تأكيد القبول، و المقصود بهذا النظام أن يتم القبول على مرحلتين، حيث يظهر للموجب الصفحة التي تتضمّن شروط العقد فيضغط على أيقونة القبول ثم تظهر له بعد ذلك رسالة تتضمّن سؤالا (هل تقبل بالتأكيد هذا العقد؟) فإذا ضغط المتعاقد على أيقونة القبول المكتوبة عليها نعم يكون العقد بذلك قد انعقد.

لكن الإشكال أن الإيجاب صدر بصيغة الاستفهام و هي صيغة لا تصلح للإيجاب فكيف تصح هنا؟.

إن الصيغة الاستفهامية التي علق عليها علمائنا عدم الصّحة، صيغة لا تعبّر عن الجزم بالتعاقد مثل أتبعيني أو اشتري مني أو ما شابههما و لذا هي صيغ لا يصح الإيجاب بها لأنها لم توضع في

1 – ابن نجيم الأشباه و النظائر، مرجع سابق، ص 379، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 14/6، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 11/4.

2 – ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مرجع سابق، ص 379.

3 – السيوطي، عبد الرحمن بن ابي بكر جلال الدين ، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ص 312.

4 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 412/8.

5 – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 14/6.

الأصل للجزم بالتعاقد بل للسؤال عنه، و لكن الصيغة التي نحن نتحدث عنها فيها سؤال عن مدى جدّية المشتري في متابعة التعاقد فكأن الخلل لو أتي كان من قبله لا من قبل الموقع البائع، أو هي إنشاء يراد به الإخبار لا مجرّد الاستفهام وهذا بقرينة العرف الغالب في سوق الأنترنت، والعرف في هذا قاض بصحة الإيجاب بهذه الصيغة كما أن القبول قد صدر بلفظ موافق أو ما شابهه[1].

ثانيا: السكوت في العقد الإلكتروني

السكوت **لغة**: هو الصمت و الإمساك و عدم الكلام[2] و لا يختلف في معناه الاصطلاحي عن المعنى اللغوي فيطلق على الصمت المطلق الذي تحيط به قرائن تعصم منه الدلالة على إنشاء العقد[3].

و يبرز التساؤل فيما إذا وجه شخص إلى آخر إيجابا عبر بريده الإلكتروني لإبرام عقد معيّن ولم يصدر من الطرف الآخر ردّ بالكلام و لا بالكتابة و لا بأي طريقة تدل على إرادته و إنما التزام الصمت و عدم الكلام، فهل يمكن أن نستنبط من هذا السكوت إرادة منه بالموافقة على قبول الإيجاب؟.

و الأصل في الفقه الإسلامي عدم الاعتداد بالسكوت لأنّه يحمل معنى الاشتباه و لهذا صاغ الفقهاء القاعدة الشهيرة « **لا ينسب لساكت قول**»[4] إلاّ أن الفقه الإسلامي لم يلتزم بهذا المبدأ مطلقا بل استثنى حالة السكوت الملابس[5] و هذا ما أشارت إليه القاعدة الفقهية: « **لا ينسب لساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان**»[6].فهل يمكن تصوّر هذا الاستثناء (السكوت الملابس) في العقد الإلكتروني؟

1 – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، (259-260).

2 – ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، 34/2.

3 – عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، مطبعة المدني، القاهرة، 1970، ص 11.

4 – السيوطي، الاشباه والنظائر ، مرجع سابق، ص 183.

5 – السكوت الملابس:عدم الردّ لا بقول و لا بفعل، و لكن يفهم منه الرضا من خلال القرائن التي تحفه، محمد وحيد الدين كسوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص 262.

6 – السيوطي، الاشباه والنظائر ، مرجع سابق، ص 189.

هناك من يرى أن السكوت يعتد به إذا كان هناك تعاملا سابقا بين المتعاقدين و اتصل الإيجاب بهذا التعامل فمثلا إذا اعتاد تاجر الجملة في موعد دوري معيّن إرسال إيجابه إلى المشتري عبر بريده الالكتروني، يعرض عليه بيعه بضاعة ذات مواصفات معيّنة و حدّد لها ثمن معيّنا، ثم أرسلها إليه دون أن ينتظر ردا على إيجابه الذي أرسله بهذا الخصوص و مضى فترة معقولة أو كان بينها مدّة معيّنة و لم يبد العاقد الآخر فيها رأيه و التزم الصمت فإن سكوته هذا يعتبر قبولا[1].

و يرى آخرون[2] أن فرضية التعامل المسبق لا تكفي في اعتبار السكوت تعبيرا عن الإرادة أو قبولا لتعقد و تنوع المعاملات الإلكترونية، كما أن السكون قد يكون غير مقصود لوجود خلل في البريد الإلكتروني الخاص بالموجب له أو ناتجا عن عطل مفاجئ في جهاز الحاسب الآلي،[3] و على العموم لا يمكن اعتبار السكوت تعبيرا عن القبول لأن شبكة الانترنت وفرت وسائل متعددة و متنوعة للتعبير عن الإرادة بصورة سهلة و ميسورة تمكن من إرسال القبول من أي مكان و في أي وقت.

الفرع الثالث: شروط الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني

يشترط في صيغة العقد أن يكون القبول موافقا للإيجاب في الثمن والجنس والصفة و الحلول و الأجل[4] فإذا خالف المشتري البائع في جنس الثمن و صفته كأن يوجب البائع بالدينار و و يقبل المشتري بعمّلة مغايرة اتفق علماء الحنفية[5]، و الشافعية[6]، و الحنابلة[7] على عدم صحة صيغة صيغة العقد في مثل هذه الصورة لأن القبول لم يطابق الإيجاب.

---

1 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (166-167).

2 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 182.

3 – المرجع نفسه، ص 182.

4 – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 06/2.

5 – ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 269/5.

6 – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 06/2.

7 – البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 3 (146-147).

فأما إذا كان الخلاف في مقدار الثمن للأعلى كأن يقول البائع بعتك بألف فقال المشتري قبلت بألفين اختلف الفقهاء، فمنهم من يرى صحة الصيغة وهذا رأي الحنفية،[1] وبعض الشافعية[2].

و أما إذا كان الخلاف في مقدار الثمن للأدنى فقد نص فقهاء الحنفية[3]، والشافعية[4] ، والحنابلة[5] على عدم صحة الصيغة في هذه الحالة.

و هذا الشرط (موافقة القبول للإيجاب) في العقد الإلكتروني متحقق، لكن هناك ما يسمى بتقنية النصوص المخفية حيث يثير سؤالا عن مدى توافر هذا الشرط في القبول و الإيجاب في حالة تضمّن الإيجاب لهذه النصوص المخفية.

و المقصود بتقنية النصوص المخفية أن يتضمّن المحرر الالكتروني سطرا يكون لونه مختلفا عن لون باقي المحرّر، و بالضّغط على هذا السطر ينتقل مستخدم الانترنت إلى محرر آخر يتضمّن نصوصا ذات صلة بموضوع المحرر الأول، و يتم اللجوء إلى هذه التقنية حتى لا تتم المبالغة في حجم المحرر الإلكتروني، فيتم عمل هذه التقنية للوصول إلى النصوص المرتبطة بالمحرّر الأول و بالتالي تقسيم المحرّر على عدّة أقسام[6].

و تتمثل المشكلة في أن الموجب له قد لا يلاحظ وجود إشارة إلى شروط أخرى، و بالتالي يقوم بالضغط على أيقونة القبول دون قراءة الشروط الموجودة في الصفحة الأخرى، أي قبول الإيجاب دون قراءة كل شروط العقد، و بالتالي فالقبول في هذه الحالة قد يكون غير مطابق للإيجاب[7].

و أغلب الفقهاء على رأي أنه لا يجوز استخدام تقنية النصوص المخفية في الإيجاب بل يجب أن تكون الشروط في صفحة واحدة على اعتبار أنه ليس كل شخص هو ماهر في استخدام شبكة

---

1 –الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 136/5، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 279/5.

2 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 170/9، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 06/2.

3 – البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 3 (146-147).

4 – ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 526/4، نظام، الفتاوى الهندية ، مرجع سابق، 2/3.

5 – البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 146/3.

6 – جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، 282/1.

7 – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص (174-175).

الأنترنت، و بالتالي فإن القبول لا يكون مطابقا للإيجاب في هذه الحالة و هو الرأي الذي أخذ به التقرير الصادر من مجلس الدولة الفرنسي الخاص بالأنترنت حيث ذكر أنّه: « حتى يكون الرضا صحيحا و كاملا فإنه يجب ألا تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية»[1].

ثانيا: تقدم القبول على الإيجاب في العقد الإلكتروني

يبادر بعض المتعاملين عبر الوسائل الإلكترونية إلى تقديم عروض شراء بضائع من غير أن يبدي البائع رغبة في البيع و يضعون سعرا محددا لبضائع معيّنة، و في هذه الحالة تقدم القبول على الإيجاب فهل تصح هذه الصيغة؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على ثلاثة أراء[2]:

حيث يرى المالكية[3] و الشافعية[4] صحة تقدم القبول على الإيجاب، و أما الحنابلة[5] فلهم في المسألة المسألة روايتان: عدم صحة تقدم القبول على الإيجاب إطلاقا، و في رواية جواز تقدم القبول على الإيجاب إذا كان لفظ القبول بصيغة أمر أو ماض مجرّد عن استفهام.

و بناء على ما تقدم نجد أن الفقهاء على جواز تقدم القبول على الإيجاب في العقد الإلكتروني و غيره.

ثانيا: اتصال الإيجاب بالقبول

يشترط الفقهاء[6] اتصال الإيجاب بالقبول حتى يتم العقد و يصح، و لكن هل يلزم من اشتراط اشتراط اتصال القبول بالإيجاب فورية اتصالهما بأن يقع القبول فور صدور الإيجاب أو يصح تراخي القبول عن الإيجاب ما دام العاقدان في مجلس العقد؟

---

1 – أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص (87-89).

2 – الخلاف في هذه المسألة سيقتصر على جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة دون الأحناف تبعا لاختلافهم في تعريف الإيجاب و القبول، راجع، ص 01 من المبحث الأول.

3 –الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 3/3، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 435/4.

4 – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 336/3، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 2 (4، 5).

5 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 07/6، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 5/4.

6 – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 186/7، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 179/6.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، حيث ذهب الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] إلى جواز تراخي القبول عن الإيجاب مادام العاقدان في مجلس العقد و لم ينشغلا بما يقطعه عرفا؛ وأما الشافعية[4] فيشترطون فورية اتصال الإيجاب بالقبول ويغتفر الفصل اليسير.

و الرأي القائل بصحة تراخي القبول عن الإيجاب، يناسب العقود الإلكترونية و ذلك كأن يطلب من وجه إليه الإيجاب فرصة للبحث عن أفضل العروض و المقارنة بين الأسعار عبر المواقع الإلكترونية[5] لكن السؤال المطروح ما هي حدود مجلس العقد الإلكتروني؟

يقصد بمجلس العقد الحال التي يكون فيها المتعاقدين مقبلين على التفاوض في العقد[6] أو اتحاد اتحاد الكلام في موضوع التعاقد.

و يختلف مجلس العقد باختلاف حالة المتعاقدين و طبيعة العقد و كيفية التعاقد، فمجلس العقد في حالة حضور المتعاقدين غير مجلس العقد في حالة غيابها.

و لا يخفى أن مجلس العقد بالنسبة للمتعاقدين الحاضرين واضح يسهل تصوره و هو محل صدور الإيجاب و لكن الصعوبة تأتي لتصوّره فيما لو كان بين غائبين، و السبب في وجود هذه الصعوبة هو وجود فارق زمني و فاصل مكاني بين الإيجاب و القبول، وعلى هذا فمجلس العقد يبدأ من وقت بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة[7].

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 137/5، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 267/5.

2 – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 239/4.

3 – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 5/4، المرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، 263/4، و يستثنى عند الحنابلة بيع المعاطاة فلو تراخى فيه القبض عن الطلب بطل العقد و إن كانا بمجلس واحد و لم ينشغلا بما يقطعه.

4 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 169/9، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 340/3، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع مرجع سابق، 2 /(5، 6)، و حدّ اليسير عندهم ما لم يشعر بالإعراض عن العقد

5 – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 120.

6 – الزرقا ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت، ط9، 1967، 348/1.

7 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (185-186).

و بما أن العقد الإلكتروني كما قلنا سابقا هو عقد خاص ليس مثل التعاقد بين حاضرين من جميع الوجوه و لا مثل التعاقد بين غائبين من كل الوجوه، حيث أن له شبها بكل واحد منهما، حسب الطريقة التي يبرم بها العقد إلكترونيا.

فإذا كان التعاقد عن طريق شبكة المواقع فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع و يستمر حتى خروج القابل من الموقع[1].

و أما إذا كان التعاقد من خلال غرف المشاهدة و المحادثة، فإن مجلس العقد في هذه الحالة هو زمن الاتصال ما دام الكلام في شأن العقد و ينتهي بوجود إحدى حالتين، إما انتهاء المكالمة أو انقطاع المكالمة، ويتسامح في مغادرة المجلس لإحضار ما تعلّق بالعقد[2].

وإذا كان التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فإن مجلس العقد هو مجلس وصول الرسالة المكتوبة إلى علم المرسل إليه، و ليس بمجرّد وصولها إلى بريده و تخزينها فيه[3].

إذا وجه الموجب رسالة إلكترونية إلى شخص غائب عن مجلس العقد ، بالبريد الإلكتروني، أو الرسائل القصيرة عبر الهاتف النقال، فقرأها في مجلس وصول الرسالة و لم يعط جوابا فهل ينتهي المجلس في هذه الحالة؟ وما الحكم إذا أعاد من وجّه إليه الإيجاب قراءة الرسالة مرة أخرى في مجلس آخر فهل يفتح المجلس مرة ثانية؟ أو أن الايجاب قد بطل بانفضاض المجلس الأول؟.

لقد تطرق الفقهاء إلى هذه المسألة في حالة التعاقد بين غائبين كتابة و انقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: لا يسقط الإيجاب بانقضاض مجلس وصول الكتاب و يكون مجلس العقد مجلس كل قراءة للكتاب و ذهب إليه بعض متأخري فقهاء الحنفية[4] و به أخذ بعض العلماء المعاصرين[5] .

---

1 - إبراهيم خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص13.

2 - أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 194.

3 - المرجع نفسه، ص 190.

4 - ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 513/4.

5 - سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 139، محمد عقلة الإبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء، الأردن، ط1، 1986، ص 75..

الرأي الثاني: يسقط الإيجاب بانقضاض مجلس وصول الكتاب و لا يصح القبول مرة أخرى و إليه ذهب فقهاء الحنفية[1] و به أخذ بعض العلماء المعاصرين[2].

و الرأي الأول هو الأقرب والأنسب للعقود الإلكترونية التي تجري عبر البريد الإلكتروني لأن من أرسل إليه الإيجاب قد لا يعير اهتماما للرسالة من أول قراءة، فيعيد قراءة الرسالة في مجلس آخر بعد أخذ حظه من التأمل و النظر، و لكيلا يلحق الضرر بالموجب يمكن له تحديد الإيجاب بمدّة معيّنة.

المطلب الثاني :صور التعبير عن الإرادة[3] في العقد الإلكتروني

الأصل في الصيغة أن تكون باللفظ و هو الدليل الثابت الذي يقف عنده الفقه الإسلامي إذ يعلوا على كل و سائل التعبير الأخرى، غير أنه لا يمكن الاقتصار على اللّفظ[4] لأن الأساس هو الرضا فكل ما دلّ عليه أو فهم منه المقصود بواسطة القرائن فهو كاف في انعقاد العقد و قد أفاض شيخ الإسلام ابن تيمية[5] في الحديث حول هذا الموضوع مؤكدا أن العبرة في العقود بالرضا و يعبّر عنه بأي وسيلة و أنكر على من قال بالتزام لفظ بعينه أو أسلوب ثابت حيث يقول:[6] « تنعقد العقود بكل ما ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل فكل ما عدّه الناس بيعا و إجارة فهو بيع و إجارة وإن اختلف إصطلاح الناس في الألفاظ و الأفعال، انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم... ».

ويقول صاحب المغني: « إن الله أحلّ البيع و لم يبيّن كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف...»[7] وعلى هذا يمكن القول أن الفقهاء لم يذكروا وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل

---

1 – ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 291/5.

2 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 189.

3 – استخدمت التعبير عن الإرادة بدل التعبير عن الرضا لأنه استخدم عند رجال القانون.

4 – يقول ابن حزم: « لا يجوز البيع إلاّ بلفظ البيع أو بلفّظ الشراء أو بلفّظ يعبّر به في سائر اللغات عن البيع»، ابن حزم، المحلّى، مرجع سابق، 350/8.

5 – أنظر ترجمته، ص 51.

6 – ابن تيمية، الفتاوى، 8/15.

7 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 4/4.

الحصر، بل ترك أمرها في أغلب الأحوال إلى عرف المتعاقدين للحيلولة دون جمود النصوص و الألفاظ و لكي يتم استيعاب كل جديد يدل على إرادة المتعاقدين.

وهذا الأسلوب هو الذي تقوم عليه أغلب التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية وفي مقدمتها قانون الأونسيترال النموذجي[1]، وذلك لكي يستوعب القانون ما يستحدثه التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات و يسمىّ عندهم نهج الحياد من حيث الوسائط[2].

و عليه سنحاول التطرق إلى الصور الشائعة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني مع بيان حكمها الشرعي.

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات

تمثل رسالة البيانات الصورة الشائعة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة في إبرام العقود الإلكترونية من خلال تبادلها عبر شبكة الأنترنت.

حيث عرّفت المادة الثانية من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رسالة البيانات بأنها هي: « المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الورقي».

و هذا يعني أن رسائل البيانات لا يشترط فيها أن تكون مكتوبة أو محرّرة على الورق، و إنما قد تكون في صورة معلومات يتم تبادلها إلكترونيا بين الحواسيب، و هذه هي الصورة الشائعة في بيئة العقد الإلكتروني[3].

---

[1] - سبق تعريفه، ص 14.

[2] - حسين الراشدي، عقود التجارة الالكترونية وقواعد إبرامها ، مرجع سابقّ، ص 162.

[3] - هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص ص 233.

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة بالوسيط الإلكتروني (الأنظمة المؤتمتة).

أصبح من الشائع في بيئة العقد الإلكتروني استخدام نظم لمعالجة المعلومات قابلة للبرمجة لتتولى إبرام العقود تسمى- (الوسيط الإلكتروني) أو (الوكيل الإلكتروني) أو ما يسمّى بالنظام الحاسوبي المؤتمت[1].

و هو يعني وضع أجهزة تمت برمجتها و إعدادها لإجراء المعاملات و إبرام العقود تلقائيا أو بشكل آلي، و هذا يعني من الناحية التقنية و الفنية أن يتم إبرام العقود عن طريق وضع أجهزة إلكترونية تتم برمجتها و إعدادها لتتولى ذلك بمجرّد أن يتم الاتصال بها من خلال شبكة الاتصالات و التي ترتبط بها سواء أتم هذا الاتصال من جهاز مماثل آخر- على الطرف الآخر من الشبكة — أم من قبل شخص طبيعي يتولى الاتصال عن طريق حاسوب أو جهاز تحت سيطرته، و من هنا يمكن أن نتصور إنشاء العقد بين جهازين دون تدخل من أحد الأطراف أو بين جهاز و شخص آخر[2].

و من الملاحظ في هذا المجال أن التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني يشبه إلى حدّ ما عملية التعاقد التي تتم من خلال ماكينة أو آلة مبرمجة تنصب في أماكن معيّنة يتم إعدادها من قبل صاحبها لكي تعمل تلقائيا لتقديم بضائع أو خدمات كوضع آلة الميزان أو بيع السلع الاستهلاكية أو بيع التذاكر أو لالتقاط صور و غيرها و هو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالعقد الآلي[3].

و عليه يجب أن نناقش مدى صحة التعبير عن الإرادة بهذه الكيفية، و هل يمكن أن تنسب هذه الإرادة للمتعاقد نفسه رغم أنه لم يعبّر عنها شخصيا بل بواسطة وسيلة إلكترونية؟.

---

[1] – أن لفظ (المؤَتْمت)أو (مُؤَتْمتة)ليس عربي و إنما أخذ من كلمة (Automate) الانجليزية و التي تعني ما يمكن تشغيله آليا، أو أوتوماتيكيا، تلقائيا أو يعمل ذاتيا، حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانون (انجليزي-عربي)، مكتبة لبنان، بيروت، ط3، 1997، ص 65، منير البعلبكي، المورد الحديث، دار الملايين، بيروت، ط16، 1982، ص 76.

[2] – يونس الشبكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص (212، 213).

[3] – العقد الآلي: هو إجراء العقد بواسطة آلة نيابة عن العاقد و له صور كثيرة منها وضع الآلات التي تقدم المشروبات أو الموازين الميكانيكية و الأجهزة التي تبيع الطوابع تلقائيا و أجهزة الصراف الآلي التي تضعها البنوك لعمليات السّحب و الإيداع النقدي المباشر، سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (248، 249).

وقد تطرق رجال القانون للعقد الآلي في سياق حديثهم عن طرق التعبير عن الإرادة وحاولوا وجود الأساس القانوني الذي يمكن الرجوع إليه للحكم بصحّة الرّضا الصادر عن الوسيط الإلكتروني، حيث يرى فريق أن الوسيط عبارة عن وكيل يقوم بعمليات تجارية يتولى التعاقد وتعطى له مهاما محدّدة يقوم بها باسم مالك الموقع أو الآلة[1] و تم الاعتراض على هذا الرأي للأسباب التالية:

1- أن الوكيل يقبل الوكالة و الوسيط أو الآلة لا يتمتع بالشخصية القانونية و ليس له أهلية لقبول عقد الوكالة[2].

2- من شروط الوكالة أن يتحمّل إرادة الوكيل محل إرادة الأصيل، و المشكلة هنا هي عدم وجود إرادة أصلا للوسيط أو الآلة[3].

3- إذا تجاوز حدود الوكالة يتم الرجوع على الوكيل لا على الأصيل، فكيف الرجوع على الوسيط أو الآلة في هذه الحالة، و قد يحدث خلل يؤدي إلى تجاوز الحدود كأن يباع المنتوج بثمن أقل فهل للبائع الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بحجّة أن الوكيل تجاوز الحدود و هذا مستحيل.

و يرى فريق آخر أن الوسيط أو الآلة ما هو إلا أداة يستخدمها ا لشخص للتعبير عن إرادته، ويبقى هو المسئول عن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن هذا التعاقد و هو المتعاقد الأصيل[4] و هو الذي ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين[5] و اعتمدوا على الأدلة الآتية:

أ. قوله عزّ و جلّ ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ...** ﴾[6]

فهذه الآية تبيّن انه لا يحلّ مال إلا بالرضا، و هذا الأخير يتحقق بعدّة طرق فقد يكون لفظا أو إشارة، و لا مانع شرعي من وجود طرق أخرى كآلات الميكانيكية أو الإلكترونية[7].

---

[1] – حسين الراشدي، عقود التجارة الالكترونية وقواعد إبرامها ، مرجع سابقّ، ص (46، 47).

[2] – سامح عبد ا لواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 96.

[3] – يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص، 213.

[4] – المرجع السابق، ص، 212.

[5] – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 253.

[6] – سورة النساء، الآية 29.

[7] – المرجع السابق، ص 254.

2 . أن الفقهاء لم يشترطوا لجواز إجراء العقد حضور البائع فيمكن برمجة الجهاز الآلي و إعداده مسبقا لتأدية عمل معيّن في غياب صاحبه حيث جاء في المبدع ما نصه: « و مثله وضع ثمنه عادة و أخذه وظاهره و لو لم يكن المالك حاضرا »[1].

3. أن الناس قد تعارفوا على استخدام هذه الآلات في مجالات عديدة، بل أصبحت ضرورية لتلبية حاجات الناس و متطلباتهم كالصراف الآلي، و هذا العرف ينبغي أن يكون له حظّ وافر من النظر[2]. يقول صاحب المعيار: « إن ما جرى به عمل الناس و تقادم في عرفهم و عاداتهم ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي- ما أمكن على خلاف أو وفاق»[3].

وعليه فلا مانع من جواز إجراء التعاقد بأي طريقة تدل على الرضا، و هذا الشخص هنا قد عبر عن رضاه بوضع آلة تقوم بأداء عمل معيّن و هذا يعد إيجابا.

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة بواسطة التحميل عن بعد (الشحن الشبكي لمحلّ الإيجاب).

في هذه الحالة يكون محل العقد الإلكتروني برامج معلوماتية عبر الشبكة حيث يسمح للمتعاقد بشحن فوري (Téléchargement)[4] لمحتوى البرنامج على جهازه، حيث لا يكتفي المتعاقد بالاطلاع على محتوى البرنامج بل يتعداه إلى نقل البرامج إلى جهازه الخاص عبر إتباع خطوات محدّدة يقوم بها.

---

[1] – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، ص 254.

[2] – سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 254.

[3] – الونشريسي، احمد بن يحيى ، المعيار المعرب، تحقيق مجموعة من الفقهاء بإشراف محمد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، بيروت، ط1، 471/6.

[4] – تعني كلمة (Téléchargement) نقل البرنامج أو بعضها إلى الحاسب الآلي الخاص بالمتعاقد عن طريق شبكة الانترنت دون دون حاجة لوضع البرنامج على قرص مرن أو اسطوانة مدمجة كما أن الترجمة الحرفية للكلمة تعني (شحن)، أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، 231/1.

ويستخدم هذا الأسلوب في تنزيل الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الأنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالمتعاقد كتصميم هندسي أو غيره و هو ما يسمى بالتسليم المعنوي[1].

وهنا يتم التساؤل عن مدى إمكانية اعتبار عملية التحميل هذه تعبيرا عن الإرادة، و هل ينعقد به العقد؟

تشبه هذه المعاملة إلى حد كبير سلوك الشخص الذي يدخل إلى محل تجاري ثم يأخذ سلعة ما ويتجه إلى المحاسب لسداد ثمنها وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع المعاطاة[2] وتظهر صورته بوضوح في محال البيع التجارية الحديثة التي تحدّد الأثّمان على السلع فيأخذها المشتري ويعطي ثمنها للبائع دون التفوه بلفظ و احد ومنه أيضا دفع النقود في الآلات الموضوعة في الشارع للحصول على بعض السلع كالمشتريات أو الصحف أو المجلات، و ركوب المواصلات وقطع البطاقات لركوب القطار أو الطائرة[3].

و قد اختلف الفقهاء في حكم بيع المعاطاة إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يصح بيع المعاطاة مطلقا سواء كان المبيع حقيرا أو نفيسا، وسواء كان لفظا من أحد المتعاقدين و فعلا من الآخر، أو كان فعلا من كليهما و هو رأي فقهاء الحنفية[4]، والمالكية[5]، وبعض

---

[1] – إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص (134، 188).

2 – التعاطي لغة: المناولة أو الأخذ و الإعطاء، ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، مادة (عطو)، 68/15، الفيومي، احمد بن محمد بن علي ، المصباح المنير، المكتبة العصرية، ط2، 1997، 417/2.

و في الاصطلاح: أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن، أو العكس من غير ايجاب من البائع، و لا قبول من المشتري و هي فعل من الجانبين، سلطان بن إبراهيم الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي مرجع سابق، ص 256، الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، 329/1.

3 – أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، 143.

4 –الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 134/5، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 278/5، ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 513/4.

5 – الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 3/3.

الشافعية،[1] و المذهب عند الحنابلة[2] و استدلوا بأدلة منها:

1- قوله عزّ و جلّ ﴿... **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**...﴾[3]، و قوله عّز جلّ ﴿... **فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا**﴾[4] .

ووجه الدلالة أن الآية الأولى في المعاوضات و الثانية في التبرعات و لم تشترط الآيتان لفظا معيّنا ولا فعلا معيّنا يدل على التراضي و طيب النفس بطرق متعددة[5].

2- لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه و سلم ولا عن أحد من الصحابة رضي الله عنهم مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب و القبول- و لو أمر به لنقل نقلا شائعا و لبيّنه النبي صلى الله عليه و سلم و لم يخف حكمه[6].

3- لم يصح في ا لشّرع اشتراط لفظ معيّن فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ [7].

4- أن التعاطي يدل على الرضا المقصود من الإيجاب و القبول فكل ما يدل على التراضي من قول أو فعل صح به البيع لعدم التقيد بصيغة معينة في البيع[8].

الرأي الثاني: لا يصح بيع المعاطاة مطلقا في قليل أو كثير و هو المذهب عند الشافعية[9]، ورواية عن الحنابلة[1] و استدلوا بأدلة منها:

---

1 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 162/9، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 336/3، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 03/2.

2 – ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق، 7/6، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 6/4، المرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، 263/4.

3 – سورة النساء، الآية 29.

4 – سورة النساء، الآية 04.

5 – ابن تيمية، الفتاوى، مرجع سابق، 15/29.

6 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 8/6.

7 – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 336/3، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 03/2.

8 – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 09/6.

9 – النووي، المجموع، مرجع سابق، 162/9، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 03/2.

1- أن المعاطاة تجوز في اليسير رفعا للحرج، لأن اعتبار الصيغة في اليسير يشق على المكلّفين[2].

2- إن العادة جرت بين الناس في استعمال المعاطاة في الشيء اليسير و لذا لا تشترط الصيغة[3].

و الملاحظ للخلاف بين الفقهاء في بيع المعاطاة يجد أنهم اختلفوا في هل المعتبر حقيقة الرضا فلا بّد من صريح القول أو نكتفي بما يدل عليه، و القول بجواز بيع المعاطاة أنسب للعقود الالكترونية و هذه المعاملة تعدّ إحدى صوره بعد أن تعارف الناس على استخدامها في مجالات عديدة.

المطلب الثالث: زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني

يقصد بوقت انعقاد العقد تلك اللحظة التي يرتبط فيها الإيجاب بالقبول، و هذا الوقت يمكن تصوره في التعاقد بين حاضرين حيث يبدأ بتقديم الإيجاب و ينتهي بانتهاء المجلس، فيتم الانعقاد لحظة توافق الإيجاب مع القبول، أما في حالة التعاقد بين غائبين فقد يثير بعض الإشكالات نظرا لوجود بعد زماني و مكاني بين الإيجاب و القبول و من هنا يبرز التساؤل حول الوقت الذي يتم فيه انعقاد العقد و مكانه؟

و معرفة وقت انعقاد العقد في العقد الإلكتروني يرجع إلى الوسيلة المستخدمة في العقد الإلكتروني و هي لا تخرج في الغالب عن طرق المذكورة سابقا[4].

الفرع الأول: زمان انعقاد العقد الإلكتروني

لو أن شخصا يقيم في الجزائر مثلا و أرسل إيجابه عن طريق البريد الالكتروني إلى شخص آخر في ألمانيا مثلا يعرض عليه سلعة معينة و بثمن محدد فقبل الطرف الآخر عرضه وكتب رسالة بالموافقة و أرسلها إلى البريد الإلكتروني للموجب و اطلع على محتواها ومضمونها فمتى ينعقد العقد؟

هل بمجرّد قبول الطرف الألماني، وهذه تسمى في الفقه الوضعي (إعلان القبول)؟ أو أنه يتم بقبوله و إرساله إلى الموجب الجزائري، و هذا ما يسمى بنظرية (تصدير القبول)؟ أو أنه يتم بمجرد وصول

---

[1] – ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق، 7/6، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 6/4، المرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، 263/4.

[2] – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 6/4.

[3] – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 03/2.

[4] – راجع المطلب الثاني: طرق إبرام العقود الالكترونية، ص39

الرسالة أو القبول إلى بريد الموجب حتى ولو لم يعلم بمحتواها وهذا ما يسمى بنظرية (تسليم القبول)؟ أو أنه لا يتم العقد إلا إذا وصل القبول إلى الموجب ففتح بريده الإلكتروني وأطلع على الرسالة ومضمونها و علم أن القابل قد قبل فعلا الإيجاب المعروض عليه، و هذا ما يسمى بنظرية (العلم بالقبول)؟.

و سنتناول هذه النظريات الأربع بإيجار ثم بيان موقف الفقه الإسلامي من تحديد وقت انعقاد العقد و مكانه و ذلك على النحو الآتي:

أولا: نظرية إعلان القبول

يرى أصحاب هذه النظرية لأن العقد ينعقد بمجرّد إعلان الموجب له قبول الإيجاب، و لا أهمية لعلم الموجب بالقبول من عدمه[1] و ذلك أن حق الموجب تعلّق بمجرّد إعلان القبول.

و بتطبيق هذه النظرية على العقد الالكتروني، فإن زمان انعقاد العقد يكون لحظة تحرير الموجب له رسالة الكترونية تتضمّن قبوله حتى قبل قيامه بالضغط على زر الإرسال، أو اللحظة التي ينقر فيها على أيقونة القبول[2].

ثانيا: نظرية تصدير القبول

و مقتضى هذه النظرية أن العقد لا ينعقد بمجرّد إعلان القبول، بل بعد إرسال القبول و يتم ذلك بقيام القابل بإرسال القبول إلى الموجب، بحيث لا يستطيع القابل استرداده[3].

وتطبيقا لهذه النظرية على العقد الالكتروني ينعقد العقد عندما يحرّر القابل رسالة متضمّنة قبوله ويضغط على زر الإرسال فتخرج هذه الرسالة عن سيطرته، أو بالنقر على أيقونة القبول في حالة العقود المعروضة على شبكة المواقع[4].

---

[1] – العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 155، سلهب، مجلس العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 124.

[2] – الحواجرة، العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 97.

[3] – العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 158، سلهب، مجلس العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 125.

[4] – المرجع السابق، ص 125.

ثالثا: تسليم القبول

ووفق هذه النظرية ينعقد العقد بتسليم الموجب رسالة القابل، و لو قبل الاطلاع على المضمون لأن وصول القبول و تسلّمه قرينة على العلم بالمضمون[1].

و بتطبيق هذه النظرية على العقد الالكتروني ينعقد العقد من وقت دخول الرسالة الالكترونية المتضمنة للقبول إلى صندوق الوارد للبريد الالكتروني للموجب دون الأخذ بالاعتبار علم الموجب بمحتوى القبول الالكتروني أو عدمه[2].

رابعا: نظرية العلم بالقبول

و بموجب هذه النظرية لا يكفي إعلان القبول و لا تصديره و لا استلامه لإتمام العقد، بل يشترط علم الموجب له[3]

و بتطبيقها على العقد الإلكتروني، فإن لحظة انعقاد العقد هي علم الموجب بالقبول، و ذلك عند فتح صندوق بريده الإلكتروني و قراءة الرسالة التي تتضمن القبول، أو يطالع صفحته على الموقع النموذجي الذي أعده المرسل على شبكة الأنترنت[4].

و الراجح هو الأخذ بنظرية إعلان القبول على الرغم من الانتقادات التي وجّهت إليها[5]، وهذا من شأنه كسب الوقت، حيث أن العقد بمجرّد إعلان القبول، وأمّا اشتراط علم

[1] – العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 160، سلهب، مجلس العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 126.

[2] – المرجع نفسه، ص 127.

[3] – العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 161، سلهب ، مجلس العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 128.

[4] – أن إعلان القبول يختص بالقابل وحده فيصعب على الغير إثباته و قد ينكر صدوره أو يرجع عنه دون أن يتمكن احد من إثبات ذلك، و هذه النظرية تجعل الموجب تحت رحمة القابل لأنه قد تمضي مدة و لا يدري فيها إذا كان العقد انعقد أم لا؟، إن الإيجاب في العقد الالكتروني موجّه للجمهور فلا يمكن للموجب بهذه الحالة أن يعرف عدد الأشخاص الذين قبلوا العرض طالما لم يصله قبول من الطرف الآخر و بالتالي يجد نفسه أمام ملايين الدعاوي القضائية من أشخاص أعلنوا قبولهم دون معرفته، سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1956، ص 133.

[5] – نشأت الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، دار الشروق، السعودية، ط1، 1982، ص 324.

الموجب و إرسال الرسالة أو استلامها فهذا فيه تأخير كبير لا يتفق مع متطلبات العصر من سرعة إنهاء المعاملات[1]

أما في الفقه الإسلامي فإن نصوص الفقهاء تدل على أن وقت انعقاد العقد بين غائبين (بالكتابة والرسول) يتمّ بمجرّد إطلاع المرسل إليه على الإيجاب و قبوله في مجلس وصول الكتاب دون حاجة لعلم الموجب أو سماعه بالقبول.

حيث جاء في بدائع الصنائع: « و أمّا الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل، أما بعد بعت عبدي فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال في مجلسه : اشتريت، لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه، و خاطب بالإيجاب و قبل الآخر في المجلس»[2].

وجاء في روضة الطالبين: « و لو كتب غائب بالبيع و نحوه، فإن قلنا تنعقد فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرّد إطلاعه على الكتاب أو عند وقوفه على الكتاب»[3].

وجاء في حاشية ابن عابدين: « صورة الكتابة أن يكتب: أما بعد، فقد بعت عبدي فلان منك بكذا، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك، اشتريت تم البيع بينهما»[4]

و قد نقل بعض الباحثين[5] الإجماع من الفقهاء في أن العقد بين غائبين ينعقد بمجرد إعلان القبول، و كما رأينا فقد درج رجال القانون بتسمية وقت انعقاد العقد بهذه الطريقة بنظرية إعلان القبول.

و عليه فوقت انعقاد العقد عبر الوسائط الالكترونية (البريد الإلكتروني، شبكة المواقع) يكون حين يصل الكتاب إلى المكتوب إليه أو(الرسالة إلى المرسل إليه)، أو هو زمن دخول الرسالة الالكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق الوارد الخاص بالموجب لأن استلام القبول قرينة لاعتبار العلم به.

---

[1] – المرجع نفسه، ص 128.

[2] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 138/5..

[3] – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 338/3، النووي، المجموع، مرجع سابق، 167/9.

[4] – ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 513/4.

[5] – وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مرجع سابق ،ص 118.

و لا يمكن اعتبار بقاء الرسالة الالكترونية في صندوق وارد الرسائل (للقابل) بدون فتح دلالة على القبول أو بمجرّد الإرسال، إذ لا بد من فتح الرسالة و الاطلاع على محتواها و من ثم إبداء الموفقة من عدمها[1].

الفرع الثاني: مكان انعقاد العقد الإلكتروني

إنّ النظريات الأربع السابقة المتعلقة بتحديد زمان انعقاد العقد لا تفرد أحكاما خاصة بمكان الانعقاد لهذه العقود و لذا أطلق عليها النظريات الأحادية[2]، باعتبارها ترى تلازما بين زمان العقد و مكانه عكس النظريات الثنائية التي مفادها أنه لا يوجد تلازم بين زمان الانعقاد و مكانه و هذه النظريات تتلخص في اثنين تبناهما الفقيهان مالوري و شيفاليه[3] حيث يرى مالوري أن مكان انعقاد العقد هو مكان تصدير القبول بحجة انه لا يجوز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر منه الإيجاب على التقاضي خارج محل إقامته، و هذا هو تقريبا مضمون نظرية شيفاليه حيث يرى أن مكان العقد هو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب، و هو مكان القابل[4].

و يرى فريق آخر أنه في العقد الالكتروني يتحقق نوع من الالتقاء الافتراضي بين المتعاقدين ووفقا لهذا الاتجاه فإن العقد الإلكتروني لا يتم إبرامه بين أفراد موجودين في أماكن مختلفة، ولكنه يتم بين أفراد موجودين في مكان واحد هو الفضاء الافتراضي، فمكان العقد هو الفضاء الافتراضي، وهذا الرأي تعرض لانتقادات منها أن فكرة اللقاء الافتراضي لن تفيد في تحديد مكان انعقاد العقد ومن خلاله تحديد المحكمة المختصة أو القانون الواجب التطبيق مثلا، غير أنه يمكن الأخذ بها في المستقبل إذا تحقق لشبكة الانترنت فكرة التنظيم الذاتي بأن أصبحت هناك قواعد موحدة للتطبيق على التعاملات التي تبرم عبر الانترنت بغض النظر عن مكان إبرامها[5].

---

[1] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 118.

[2] – عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 164.

[3] – المرجع نفسه، ص 164.

[4] – المرجع السابق ، ص 166.

[5] – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص (214، 215).

و على هذا فإن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه قبول القابل أخذا بنظرية إعلان القبول التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية لأن المكان الذي يتم فيه العقد هو مكان وصول الخطاب و إطلاع القابل عليه.

لكن الإشكال المطروح هو في حالة وجود صندوق البريد الالكتروني على وحدة خدمة[1] في مكان يختلف عن مكان وجود الموجب نفسه، فمثلا قد ينشئ شخص بريدا إلكترونيا على موقع (Hotmail) و هو موقع توجد وحدة الخدمة الخاصة به في الولايات لمتحدة الأمريكية، و هذا الشخص قد يكون موجودا في الجزائر فإذا حرّر الشخص رسالة القبول فهل العبرة في مكان انعقاد العقد هي بمكان وحدة الخدمة على أساس وجود صندوق البريد الالكتروني على هذه الوحدة أم بمكان وجود لشخص نفسه؟

و لكن الراجح هو مكان وجود القابل نفسه لأنه يكون معروفا لدى الموجب[2].

المبحث الثاني: العاقدان و أحكامهما في العقد الالكتروني

بحث الفقهاء في صدد الكلام عن العاقدين ـ عموما ـ أمرين هما: الأهلية و ذلك لأنه لا بّد للرضا أن يصدر عن ذي أهلية للتصرف، و لا يكفي هذا حتى يكون الرضا صحيحا و غير مشوب بعيب مما يسمى في القانون بعيوب الإرادة.

و بما أننا بصدد البحث في العقد الإلكتروني سنحاول التركيز على ما يختص به هذا العقد من أحكام خاصة قد يختلف بها عن غيره من العقود التقليدية (العادية)، غير أن الاختلاف في الوسيلة المستخدمة لا يعني استبعاد القواعد التي تحكم العقد بشكل عام في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: الأهلية في العقد الإلكتروني

ويشمل الفروع الآتية:

الفرع الأول: الأهلية في اللغة و الاصطلاح

---

[1] – وحدة خدمة: هي حاسب آلي يعمل كنقطة تحكم مركزية لأي شبكة من أجل إدارة التطبيقات، روي سميس و آخرون، التجارة الالكترونية، ترجمة خالد العامري، دار الفاروق للنشر و التوزيع، القاهرة، 2003، ص 497.

[2] – سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص (219، 220).

الأهلية **لغة:** ثلاثي من الفعل الماضي (أهل)، هي الاستحقاق و الصّلاحية، يقال فلان أهل كذا، أي صالح له و هو صالح للإكرام أي مستحق له[1].

وجاء في اللسان: أهل: الأهل: أهل الرجل، و أهل الدار... أهل الرجل عشيرته و ذوو قرباه والجمع أهلون، و آهال، و أهلات، و أهلات ....و هو أهل لكذا أي مستوجب له[2].

وأما في **الاصطلاح** فهي: « عبارة لوجوب الحقوق المشروعة له، أو عليه»[3]

وعرّفها البعض الآخر: « بأنها صلاحية الشخص للإلزام و الالتزام»[4]، فهي صفة يقدّرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لتكون له حقوق و عليه واجبات[5]، وتصح منه التصرفات[6].

أما عند فقهاء القانون فهي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق و تحمل الواجبات التي يقررها القانون[7]، أو هي: صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق و عليه التزامات و صلاحيته لاستعمال هذه الحقوق و الالتزامات[8].

الفرع الثاني: أنواع الأهلية

تنقسم الأهلية إلى نوعين هما أهلية الوجوب و أهلية الأداء و أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه حقوق لا أن ينشئها[9]، و بعبارة أخرى هي إثبات حق للشخص، أو حق عليه من غير أن يكون أهلا للمعاملة التي تنشأ منها التزام عليه[10].

---

1 – الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق ، مادة أهل ، ص (28، 29).

2 – ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، باب اللام، فصل الهمزة، 28/11.

3 – الجرجاني، ابو بكر عبد القاهر ، التعريفات، تحقيق إبراهيم الابياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، ص 57.

4 – أبو زهرة، محمد ، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 261.

5 – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 214.

6 – الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، 400/1.

7 – محمد أمين أحمد سراج، نظرية العقد و التعسّف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 73.

8 – محمد حسن علي الذنون، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة و النشر، بغداد، 1976، ص 72.

9 – الجرجاني، التعريفات ، مرجع سابق، ص 58، أبو زهرة، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، 261.

10 – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 214.

و أهليه الوجوب تتحقق بولادة الإنسان حيّا ولا يحتاج ثبوتها إلى تحقق وصف آخر، فمناط هذه الأهلية الحياة وهي الصفة الإنسانية أي كون الشخص إنسانا.

و أما أهلية الأداء و هي أعمّ من أهلية الوجوب، و تعني صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له، أوعليه وصلاحيته للمعاملة وإنشاء الالتزامات بها له، أو عليه[1]، وهذه الصلاحية للأداء تتعلق بقدرتين بقدرتين تقومان بالشخص وهما: قدرة فهم الخطاب و ذلك بالعقل، و قدرة العمل به وهي بالبدن و الإنسان في أول أحواله عديم القدرتين- لكن فيه استعدادا وصلاحية لأن توجد فيه كل واحدة من القدرتين شيئا فشيئا إلى أن تبلغ كل واحدة منهما درجة الكمال[2].

و لا توجد أهلية أداء دون أهلية وجوب، لأن أهلية الوجوب تكتمل بولادة الإنسان حيّا و تبقى معه مستمرة ما دامت حياته مستمرة و تكتمل أهلية الأداء بالبلوغ عاقلا، أو بلوغ سن الرشد[3]. الرشد[3].

و ما ذكر سالفا لا يختلف اعتباره في العقد الإلكتروني، إذ لا بد من تحقق أهلية الأداء في العاقد من الطرفين، غير أن أجهزة الحاسب الآلي و الوسائط الالكترونية لم تعد مقصورة على فئة معيّنة من الناس أو حكرا على طبقة خاصة، بل تعدت ذلك لتشمل فئات المجتمع كلها صغارا وكبارا، وأصبحت أجهزة الحاسب الآلي وسيلة مهمة من وسائل التخاطب وأداة جديدة فرضت نفسها، بل ومؤشرا على التقدم أو التخلف.

و رغم التقنيات المعقدة و صعوبة فهم كيفية عمل الأجهزة الالكترونية لقطاعات كثيرة من الناس إلا أن استخدامها و تطويعها أصبح من السهولة بمكان، و أتقنه الصغار قبل الكبار وتمكنوا منه فاقتحموا الأسوار وولجوا دهاليز الانترنت.

---

[1] – أبو زهرة، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، ص 261.

[2] – المرجع نفسه ، ص 261.

[3] – عند فقهاء القانون ببلوغ سن الرشد تكتمل أهلية الأداء. المادة 40 قانون مدني جزائري:(**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.**

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة)

وقد آثار استخدام الأطفال لأجهزة الحاسب الآلي والأنترنت العديد من القضايا والمشكلات[1]، إلا أن ما يهمنا في هذا المجال القضايا المتعلقة باستخدام الصّغار للوسائط الإلكترونية في العقد الإلكتروني و القيام بعمليات البيع و الشراء، و مدى مشروعية العقود المالية الإلكترونية التي يبرمها الصغار عبر الوسائط الإلكترونية و رأي الفقه الإسلامي في عقود الصّغار وكيفية معالجة الآثار المترتبة عليها.

الفرع الثالث: حكم تصرف الصّغير

الصّغير أو الصّبي عند الفقهاء إمّا أن يكون مميزا أو غير مميز.

أولا: تصرف الصّغير غير المميز

يفرق الفقهاء بين تصرفات الصبي المميز و الصّبي غير المميز.

و المميز **في اللغة:** الميز، التمييز بين الأشياء، تقول ميزت الشيء أميزه عزلته و فرزته و تميّز القوم إذا صاروا في ناحية[2].

أمّا في الاصطلاح: فهو إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه و أحسن الجواب عنه[3].

أو هو: الذي يفهم الخطاب و يحسن الجواب، و لا ينضبط ذلك بسن بل يختلف باختلاف الإفهام[4]، و قد اتفق الفقهاء[5] على أن تصرفات الصّبي غير المميز باطلة، سواء كانت تصرفاته نافعة له أو ضّارة، أم دائرة بين النفع و الضّرر، و بالتالي فهو غير مؤهل للأداء بصفة مطلقة لأنه لا يدرك

---

[1] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (221، 222).

[2] – الفيروز آبادي، مجيد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1986، 676/1.

[3] – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 244/4.

[4] – النووي، المجموع، مرجع سابق، 23/7، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 38/2، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 244/4.

[5] – ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 278/5، ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 404/4، الخرشي، ابو عبد الله محمد بن جمال الدين عبد الله بن علي ، شرح الخرشي على خليل، دار صادر، بيروت، 8/5، الدردير، الشرح الصغير، 17/3، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 342/3، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 347/6.

معنى الكلام، فلا يتصوّر منه صدور الرضا الذي هو أساس إبرام العقود، و جاء في البحر الرائق: « فلا ينعقد بيع المجنون و الصّبي الذي لا يعقل»[1].

و جاء في الشرح الصّغير: « و شرط صحّة عقد العاقد تمييز فلا يصح من غير مميز لصّغر أو لجنون أو إغماء أو سكر ليس بحرام»[2].

و جاء في روضة الطالبين: « فلا ينعقد بعبارة الصّبي و المجنون، لا لأنفسهما و لا لغيرهما سواء كان الصّبي مميزا أو غير مميزا»[3].

وقد اختلف الفقهاء في تحديد سّن التمييز، فذهب فقهاء الحنفية[4] و الحنابلة[5] إلى تحديد سنّ التمييز بالسابعة، حيث أنه يباشر بعض العبادات، إلاّ أن هذا التحديد قد لا يكون منضبطا في سائر الصّبيان، لأنه يختلف باختلاف الأشخاص و اختلاف البيئات و المجتمعات التي يعيش فيها الصّبي، وكذلك اختلاف التكوين العقلي و الجسمي،، فقد يبكر في شخص بينما يتأخر في آخر[6] .

وأفضل الطرق لمعرفة الصبي المميز من غيره هو اختباره في بعض التصرفات، فمتى أحسن التصرف عدّ مميزا، و دليل هذا قوله عزّ و جلّ: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى**... ﴾[7]و الابتلاء هو الاختبار و الأذن له في التجارة ليعرف رشده و صلاحه قبل البلوغ[8].

يقول أبو زهرة[9] : « أما نهاية الصّبا فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنّها ببلوغ الحلم، غير أن دفع الأموال و أهلية الأداء الكاملة لا نتم بمجرد بلوغ الحلم باتفاق الفقهاء،... فدفع المال، أو أهلية

---

[1] – ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 278/5.

[2] – الدردير، الشرح الصغير ، مرجع سابق، 17/3.

[3] – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 342/3.

[4] – السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 21/25.

[5] – المرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، 395/1.

[6] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 224.

[7] – سورة النساء، الآية 06.

[8] – القرطبي، محمد بن احمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن، 320/2.

[9] – **أبو زهرة:** محمد بن أحمد أبو زهرة، أكبر علماء الشريعة في عصره، ولد بالمحلة الكبرى له أكثر من 40 كتابا منها: الخطابة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (1394/1316هـ). [الزركلي، الأعلام ، مرجع سابق، (25/6)].

الأداء مشروطة بشرطين لا بد من تحققهما: هما بلوغ النكاح، و إيناس الرشد أما الرشد فالمتتبع لكلامهم يرى أن المراد به القدرة على تدبّر الأمور المالية واستغلال الأموال استغلالا حسنا...»[1].

و قال صاحب المدخل الفقهي العام: « ليس لمبدأ التمييز سن معيّنة ....أو علامة طبيعية فيه....و إنّما يعرف أثره من التوازن الذي يبدوا في تفكير الطفل و أعماله...»[2].

ثانيا: تصرف الصّغير المميز

قسم فقهاء الأحناف[3] تصرفات الصّبي المميز إلى ثلاثة أقسام هي:

1- تصرفات نافعة نفعا محضا كقبول الهبة و الصدقة و الوصية و هذه التصرفات تصح من الصّبي المميز دون توقف على إجازة وليّه و قد وافق المالكية[4] و الحنابلة[5] في هذا الرأي و خالفهم فقهاء الشافعية[6] في هذا الرأي فلم يجوزو للصبي المميز قبول الهبة.

2- تصرفات ضارة ضررا محضا كالوقف و الكفالة و إنشاء الهبة و الطلاق و العتاق، وقد اتفق الفقهاء[7] على أن هذه التصرفات باطلة لا تنعقد أصلا مع خلاف في بعض المسائل المتعلقة بالنكاح كالطلاق و الخلع.

3-التصرفات الدائرة بين الضّرر و النفع كالبيع و الشراء و الإجارة و غيرها.

4-و هذا القسم وقع فيه خلاف بين الفقهاء في تصرف الصبي المميز قبل الإذن و بعده، فإذا تصرف الصّبي دون أذن وليه، وقع التصرف صحيحا موقوفا على إجازة وليّه أو فسخه وهو رأي فقهاء الأحناف[1]و المالكية[2] و رواية عند الحنابلة[3] .

---

[1] - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 271.

[2] - الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، 760/3.

[3] - السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 21/25.

[4] - الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 25/6.

[5] - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 347/6.

[6] - النووي، المجموع، مرجع سابق، 166/9.

[7] - الخرشي، شرح الخرشي ، مرجع سابق، 78/7، النووي، المجموع، مرجع سابق، 166/9، البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 313/3.

و أمّا فقهاء الشافعية[4] و رواية عن الحنابلة[5] و رأي الظاهرية[6] فأبطلوا تصرف الصبّي مطلقا أذن الولي أو لو يأذن.

و أما إذا تصرف الصبي المميز بعد أن أذن له وليّه،فخلاف الفقهاء وقع في صحة الإذن للصّبي ونفاذ تصرّفه، حيث ذهب الحنفية[7] و المالكية[8]

ورواية عن الحنابلة[9] إلى القول بأنّه يصحّ للولي أن يأذن للصّبي المميز في التصرف و تصرفه يقع نافذا.

و أمّا الشافعية[10] و بعض الحنابلة[11] و الظاهرية[12]، فعندهم لا يصحّ للولي أن يأذن للصّبي المميز وتصرفه غير نافذ.

والسؤال المطروح ماذا لو قام طفل باستخدام وسيلة الدفع الخاصّة بوالده، فأبرم صفقة عبر الانترنت، فهل يمكن للأب أن يلغي الصّفقة بدعوى أن أبنه استخدم البطاقة وهو لا يملك أهلية الاستخدام؟.

– يرى البعض أنه يجب لعلاج هذه المسألة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر[1]، فلا يمكن إبطال العقد لنقص في أهلية المتعاقد الآخر، و هو يلزم الأب لتقصيره في حفظ شيء هو من أخصّ

---

[1] – السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 25/(21، 22)، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 2987/6، ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 4 .

[2] – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 245/6، الخرشي، شرح الخرشي ، مرجع سابق، 9/5.

[3] – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 347/6، المرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، 318/5.

[4] – النووي، المجموع، مرجع سابق، 164/9، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 342/3.

[5] – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 347/6، البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 458/3.

[6] – ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 9(247، 248).

[7] – الزيلعي ، عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 219/5.

[8] – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 245/4.

[9] – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 347/6، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 814.

[10] – النووي، المجموع، مرجع سابق، 165/9.

[11] – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 347/6، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 814.

[12] – ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 9 /248.

خصائصه، هذا إن كانت وسيلة الدفع تابعة للأب، أمّا إن كانت تابعة للمميز (وسيلة الدفع) فالصفقة لا تتم إلاّ بإذن من الولي ابتداء، فتكون المعاملة في حكم المأذون بها انتهاء[2]، بالإضافة إلى أن سماع مثل هذه الدعوى يجعل الخلل يسري إلى تعاملات الناس و يفضي إلى أحد أمرين، إمّا إغلاق هذا الباب من التجارة لأن ما من شخص يبدوا له في صفقة أجراها إلا تنكّر لها مدعيا أن قاصرا أبرمها و ليس هو مع صعوبة الإثبات، و يؤدي كذلك إلى تراخي الناس في حفظ أشيائهم مثل و سائل الدفع هذه و نحوها[3].

- و ذهب آخرون إلى التفريق بين العقود البسيطة التي يبرمها الصبي عبر الانترنت كشراء الكتب أو لعبة إلكترونية، و العقود الكبيرة الصفقة كشراء سيارة أو عقار فإنها تقع موقوفة على إجازة الولي[4] .

و على ضوء ما تقدم فإنه لا يصح تصرف الصّبي المميز إلاّ بإذن والده، لأن العقود الإلكترونية تختلف عن العقود العادية من عدة أوجه:

1- عمليات البيع و الشراء غالبا ما تتم آليا، فبعد التأكد من صحّة رقم وسيلة الدفع تتم العملية آليا، و لا يمكن إعادة السلع و استرجاع المبلغ إلاّ إذا كانت السلعة معيبة، و لا يلتفت إلى أن هذا العقد قد تم بغير إذن الولي، لأن إثباته يحتاج إلى وقت طويل و قد لا يقتنع الطرف الآخر بالحجة .

2- صعوبة إقالة البيع و استرجاع المبالغ النقدية، لأن الأصل في المتعاقد إلكترونيا أنه قرأ شروط البيع ووافق عليها.

3- العقود الالكترونية تتم في فضاء واسع تنعدم فيه كل الحدود الجغرافية بين الدول، و قد يكون من بينها ما يجيز عقود و تصرفات الصّبي المميز[5] .

---

[1] - **الوضع الظاهر**: إعطاء التاجر حسن النية الحق في التمسك أمام القضاء عندما ظهر الطرف الثاني ناقص الأهلية بالحجة الظاهرة و هو أن القاصر قد تعاقد معه على انّه شخص كامل الأهلية ففي هذه الحالة يجب حماية التاجر و إنفاذ العقد و في حالة الإبطال يطالب بالتعويض،سامح عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت ،مرجع سابق ،ص117

[2] - الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 220.

[3] - المرجع نفسه، ص 221.

[4] - الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الانترنت ، مرجع سابق، ص 251.

[5] - سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 229.

و لمنع المشكلات المتعلقة بمثل هذه القضايا تم وضع شروط معيّنة للتعاقد، منها التأكد من سن المتعاقد الآخر و أهليته و هو ما سنراه في المطلب الآتي:

المطلب الثاني: الوسائل و التقنيات المستخدمة للتحقق من الأهلية

إنّ مسألة التأكد من أهلية المتعاقدين تعتبر من أكثر موضوعات العقد الالكتروني تعقيدا، بل وتشكل هذه المسألة حاجزا أمام تبني أسلوب التعاقد الإلكتروني و تطوره، ذلك أن أي عقد يبرم عبر الوسائل الإلكترونية يبقى عرضة للشك و احتمال التنازع بشأنه، و لكن ما حكم العقد إذا كان احد المتعاقدين يجهل حال الآخر عند إبرام العقد و هو ما يسمى بعقد المجهول .

الفرع الأول: حكم عقد المجهول

المجهول في **اللغة**: اسم مفعول من جهل ما لا يعرف عنه شيء و الجهل خلاف العلم[1].

أمّا في **الاصطلاح**: فالمراد بعقد المجهول لفظ مشترك يحمل ثلاثة معاني[2]:

1- فقد يكون المراد بعقد المجهول عدم رؤية و مشاهدة أحد المتعاقدين للآخر[3].

و هذا الاحتمال ضعيف لأن رؤية أحد المتعاقدين لا علاقة لها بصحة العقود أو عدمها. بدليل صحّة تصرف الأعمى في البيع و الشراء، و أن المطلوب في العقود هو تحقيق الرضا.

2- و قد يكون المراد بعقد المجهول جهالة معرفته باسمه أو نسبه

وهذا كذلك لم يعتبره الفقهاء لأنهم أجازوا بيع المعاطاة[4] من غير اشتراط معرفة اسم البائع أوالمشتري[5].

3- المقصود بعقد المجهول هو عدم العلم بعين العاقد و التي تعني جهالة كون أحد طرفي التعاقد أهلا لإبرام العقد (أي يكون جائز التصرف).

يقول الشربيني[1]: « المراد معرفته بالعين لا الاسم و النسب»[2].

---

1 - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق ،49/1.

2 - سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (236، 238).

3 - المقصود هنا رؤية أحد المتعاقدين للآخر و ليس المعقود عليه .

4 - راجع حكم بيع المعاطاة، ص (17، 18).

5 - سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 237.

يقول الزرقا: « إنّ معظم الالتزامات لا بدّ فيها من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها، و هذا هو الأصل في البيع و الإجارة و غيرها»[3].

و يترتب على جهالة أحد العاقدين في عقود المعاوضات، التعاقد مع مستور الحال، أو المجهول الذي قد يكون غير مالك للمبيع كالسارق و قاطع الطريق، أو قد يكون ليس أهلا للتعاقد كالصبي غير المميز أو المجنون أو المحجور عليه[4].

و يجب التفريق بين العقود التي لا بدّ فيها من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها كالبيع و الإجارة و الصرف و السلم و غيرها من عقود المعاوضات و بين العقود التي لا يشترط فيها تعيين كلا الطرفين عند نشأتها كالجعالة و الكفالة و الوصية.

أولا: عقود لا بد من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها

و ذلك مثل عقود المعاوضات كالبيع بأنواعه و الصرف و السلم و الإجارة و قد ذهب بعض الباحثين[5] إلى أن جهالة احد طرفي العقد في هذه العقود يبطلها شرعا و استدلوا بأدلة منها:

1- يشترط لصحة[6] عقود المعاوضات أهلية المتعاقدين و فقدان الأهلية كالصغر و الجنون و السفه مانع من صحة العقود.

2- جهالة أحد العاقدين تمنع صحة الملك في المعقود عليه إذا كان سارقا أو غاصبا، و بعبارة أخرى عقود المعاوضات تقتضي التمليك، وجهالة أحد العاقدين تمنع تمليك المجهول[7].

---

1 – **الشربيني**: محمد بن أحمد الشربيني شمس الدين فقيه شافعي مفسر من أهل القاهرة، من مؤلفاته مغني المحتاج، توفي 977هـ. [الزركلي، الأعلام ، مرجع سابق، (6/6-7)]. الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 200/2.

2 – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 200/2.

3 – الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، 78/3.

4 – الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 3/(3-6)، النووي، المجموع، مرجع سابق، 149/9.

5 – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 240.

6 – ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 3/(3-6)، ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 504/4، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 244/4، النووي، المجموع، مرجع سابق، 149/9.

7 – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 240.

جاء في المبسوط: « و القضاء بالملك للمجهول لا يجوز، فلهذا لا بّد للوكيل من أن يبين لأيهما يأخذ»[1].

ثانيا: عقود لا يشترط تعيين كلا الطرفين عند نشأتها

أ- جهالة العامل في عقد الجعالة

الفقهاء القائلون بجواز الجعالة[2] لا يشترطون أن يكون العامل في الجعالة معلوما أو معيّنا فيصح أن يكون العامل معلوما أو مجهولا.

حيث جاء في الذخيرة: « لا يشترط تعيين المجعول له تكميلا لمصلحة العقد»[3].

و جاء في روضة الطالبين: «و أمّا العامل فيجوز أن يكون شخصا معيّنا و جماعة، و يجوز ألا يكون معينا و لا معينين»[4].

و جاء في المبدع: « لا يشترط تعيين العامل للحاجة»[5].

و ذلك لأن حاجة الجاعل (الملتزم بالعوض) و مصلحة العقد تقتضي أن يكون العامل مجهولا لأنه قد لا يهتدي إلى الراغب في العمل، و لا يجد متطوعا يقوم بالعمل المناسب[6].

و لا يشترط للجاعل عبر الوسائط الالكترونية معرفة العامل لأنّ فيه مشقّة، حيث أن هذا التعامل يتم عبر فضاء رحب يصعب فيه تعيين العامل للقيام بالعمل المطلوب[7].

---

[1] – السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 165/14.

[2] – الجعالة: جعل شيء من المال لمن يفعل أمر كذا، المرداوي، مرجع سابق، 389/6، و هي جائزة في كل عمل مباح عند الجمهور، خلافا للحنفيّة الذي يجوّزون أخذ الجعل فقط في ردّ العبد الآبق (الشارد)، ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 281/4.

[3] – القرافي، شهاب الدين احمد ، الذخيرة، تحقيق محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 6/6.

[4] – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 269/5.

[5] – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 269/4.

[6] – القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، 6/6، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 269/5.

[7] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 343.

2- جهالة المضمون له و المضمون عنه في الضمان بالمال[1] .

اختلف الفقهاء إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يصح الضمان و لا يحتاج الضامن إلى معرفة المضمون له و المضمون عنه و هو قول المالكية[2] وأحد الأقوال عند الشافعية[3] و رأي فقهاء الحنابلة[4].

الرأي الثاني: لا يصح الضمان إلا بمعرفة المضمون له و المضمون عنه و هو رأي فقهاء الحنفية[5] وبعض فقهاء الشافعية[6] و قول عند الحنفية[7].

الرأي الثالث: يحتاج الضامن إلى معرفة المضمون له، و لا يحتاج إلى معرفة المضمون عنه وهو الأصح عند فقهاء الشافعية[8] ووجه عند فقهاء الحنابلة[9].

3-جهالة الموقوف عليه (الوقف على معين)[10].

اختلف الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول: لا يصح الوقف على مجهول كرجل من الناس و هو رأي لفقهاء الشافعية[1] والحنابلة[2].

والحنابلة[2].

---

[1] - يقسم الفقهاء الضمان إلى قسمين، ضمان بالمال، و ضمان بالنفس، الكاساني، مرجع سابق، 4/6، القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، 206/9، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 240/4، و هذا خلافا لابن حزم الذي يرى بجواز الضمان بالمال فقط، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 5 (110-119).

[2] - القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، 200/9، الخرشي، شرح الخرشي ، مرجع سابق، 25/6.

[3] - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 240/4، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 200/2.

[4] - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 72/7، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 252/4.

[5] - الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 6/6، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 235/6.

[6] - الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 200/2.

[7] - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 72/7، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 252/4.

[8] - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 240/4، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 200/2.

[9] - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 72/7، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 252/4.

[10] - يقسم الفقهاء الوقف إلى: وقف على غير معين كالفقراء و المساكين و هذا ما يسمى الوقف على جهة، ووقف على معين كأن يقول الواقف وقّفت داري على رجل ولم يسمّه، الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 78/4، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 317/5، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 379/2، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 322/5.

الرأي الثاني: يصح الوقف على مجهول و هو رأي فقهاء المالكية[3] ووجه عند فقهاء الحنابلة[4].

أ- جهالة الموصى له

اتفق الفقهاء[5] على عدم صحة الموصى له إذا كان مبهما، و اختلفوا فيما إذا كان الموصى له مجهولا جهالة تامة حيث ذهب فقهاء الحنفية[6] و الشافعية[7] إلى قول بعدم صحة الوصية و هو المذهب عند الحنابلة[8].

و أمّا المالكية[9]، و بعض فقهاء الحنابلة[10] فذهبوا إلى القول يجوز الوصية في هذه الحالة.

الفرع الثاني: وسائل التحقق من أهلية المتعاقد

هناك عدة وسائل تقنية يمكن استخدامها للتأكد من الأهلية في العقد الالكتروني و هي عبارة عن تقنيات حديثة تتمثل في أجهزة قياس خاصة للتأكد من الهوية قد تكون على شكل أجهزة فحص شبكية العين أو فحص بصمة الإبهام أو اليد أو أجهزة فحص الصوت...الخ.

و هذه أساليب قلّما تستخدم في الغالب من قبل المتعاقدين (العاديين) عبر شبكة المعلومات، و إنما تستخدم من قبل المؤسسات المالية و خاصة المصارف للتعرف على الزبائن و التحقق من هوياتهم[11].

---

[1] – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 319/5.

[2] – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 322/5.

[3] – الخرشي، شرح الخرشي ، مرجع سابق، 80/7.

[4] – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 322/5.

[5] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 342/7، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 33/6، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 40/3.

[6] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 342/7.

[7] – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 40/3.

[8] – المرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، 231/7

[9] –الرهوني، محمد بن أحمد بن يوسف ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 228/8.

[10] – ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 33/6.

[11] – نادر الفرد قاحوش، العمل المصرفي عبر الانترنت، الدار العربية للعلوم، بيروت، ط1، 2001، ص 50.

و المتأمل للعلاقة التعاقدية عبر الانترنت يجدها أمّا أن تكون بين شخص و شخص آخر [1] ،أو ،أو شخص مع موقع إلكتروني و هناك وسائل للتحقق من شخصية طرفي العلاقة، وسيتم بيان ذلك على النحو الآتي:

أوّلا: حين تكون العلاقة عبر الأنترنت بين شخصين:

– إذا كانت الوسيلة المستعملة في عرض السلعة أو البحث عنها هي المنتديات الحوارية، حيث أنه يقوم بوضع معلومات عن تلك السلعة و رقم هاتفه أو بريده الالكتروني، فيتصل به من يريد الشراء أو البيع و في هذه الحالة لا إشكال من الوجهة الفنيّة التقنية حين التحقق من أهلية المتعاقدين، لأن العلاقة تتحول إلى علاقة طبيعية عادية لا شأن للانترنت بها و ليس لها دور إلاّ الدعاية والترويج لا غير[2].

– وأمّا إذا كانت الوسيلة المستخدمة هي ما يسمى بغرف المشاهدة والمحادثة حيث يقوم البائع بعرض سلعته و لدى إبداء الرغبة في شرائها من الطرف الآخر و انتهاء الحوار المباشر بينهما يختاران مكانا للالتقاء و إتمام الصّفقة، و هنا كذلك لا إشكال في التحقق من الأهلية، حيث يمكن التعرف على الطرف الآخر صوتا و صورة[3].

ثانيا: حين تكون العلاقة عبر الأنترنت بين شخص و موقع

و المراد هنا أن يتوجّه الشخص إلى موقع ما بقصد شراء سلعة من السلع التي يرغب في الحصول عليها عبر الانترنت، و قبل ذلك عليه التأكد من عدم تسرب مضمون النصوص الالكترونية أو ما يسمى بسرية المعلومات التي سيدلي بها المشتري[4].

ويستطيع المتصفّح التعرف على مقدار الأمان لدى التواصل عبر ذلك الموقع من خلال شهادة أمان يظهر رمزها في بداية شريط العنوان في لوحة المتصفّح، و هو حرف (S) حيث يظهر

---

[1] – و ذلك بصرف النظر عن كونه اعتباري أم طبيعي.

[2] – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 71.

[3] – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 73.

[4] – هادي البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص 280.

كالتالي(https://ww) مع ظهور قفل مغلق، للدلالة على أن كل ما تدلي به في هذه الحالة يكون مشفرا[1]، و ليس يتاح إلا لمن لديه مفتاح لفك تلك الشفرة، و أمّا المواقع التي لا تحتوي على هذا الرمز، فهي مواقع غير آمنة و صورة الرمز في بداية شريط العنوان تكون على النحو الآتي (http//www)و يكون القفل مفتوحا.

و نحن هنا لسنا بصدد بيان كيف يتم التشفير، و المهم أن نعرف أنه عبارة عن برنامج تقوم شركات ببيعه للمواقع التي ترغب في حماية المتعاقد معها حين الإدلاء ببعض المعلومات بحيث لا يتم الاعتداء عليها، باعتبار أن الموقع هو صاحب الشفرة و هو من يملك إمكانية فكّها و معرفة محتويات رسالة المتعاقد، و للتأكد من أهلية الموقع لا بد من أمرين:

1- النظر في الشهادة الصادرة عن الشركة المتخصصة في بيع تلك البرامج من خلال الضّغط على الزر الأيمن للماوس، حال كون المؤشر فوق الصفحة المقصود البحث عن شهادتها، ومن خلالهما يمكن التعرف على جميع ما يتعلق بشهادة أمان ذلك الموقع[2].

2- الاستفسار لدى السلطات الحكومية، إذ أن هناك قائمة بالشركات المعترف بها من قبل الحكومة التي تم تسجيل الموقع في أرضها، حيث تتمتع تلك الشركات بالاعتراف الرسمي أو تسمى جهات التصديق الالكتروني[3]، و من هنا تأتي قوة تلك الشركات، كما أن بعضها – كمبالغة في بعث الطمأنينة و الثّقة بهم- تتعهد بتغطية أي مديونية لا تتجاوز (50 دولارا) لأي عملية شراء غير معتمدة لمجرّد أنها تمت عبر موقعها و بواسطة الشهادة الصادرة من قبلها[4].

---

[1] – نظام التشفير أو الترميز: هو تحويل البيانات الالكترونية الواردة في رسالة البيانات الالكترونية المستخدمة في المبادلات التجارية إلى رموز غير مفهومة من خلال استخدام مفتاح التشفير، و هناك تشفير مماثل وهناك غير المتماثل، هادي البشكاني ، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص (283-284).

[2] – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 78.

[3] – هادي البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص 267.

[4] – المرجع نفسه ، ص 280.

و يبقى على الموقع التثبت من شخصيّة الطرف الآخر، و هذا ممكن من خلال وسائل الدفع الإلكترونية[1]، حيث أن هذه الوسائل لا تصل إلى يد الشخص المتعامل مع الموقع إلا بعد تثبت مانح تلك الوسيلة من أهلية المستفيد، حيث يتم تخزين بيانات حاملها مثل اسمه، تاريخ ميلاده، محل إقامته... كما أنها مزوّدة بالرقم السّري الخاص بها، و هو ما يتيح للبائع أن يتحقق من بلوغ المشتري سنّ الرشد من عدمه[2].

عرفنا سابقا أن تحديد أهلية الموقع تتم من خلال الاعتراف الصادر لصالحه من الشركة التي صممت أو باعت له نظام الحماية الذي يعمل به الموقع، و تلك الشركة اكتسبت الاعتراف من الجهة الرسمية الحكومية فهل يمكن أن تكون هناك جهة تعترف بالمشتري، بحيث تكون هي معترفا بها من قبل الحكومة؟

و هذا يعني أن المتصل أو المستفيد من الاتصال عبر الأنترنت مهما يكن، و بمجرّد إدراج معلوماته الشخصية ضمن النموذج المعدّ لهذه الغاية لدى الاتصال بموقع من المواقع وإدخال الرقم السري من قبله، يقوم البرنامج المعدّ للحماية والتشفير بالبحث عن مطابقة المعلومات بما يملكه النظام من معلومات عن هذا الشخص و هو يشبه بطاقة الصّرف الآلي، فصار لدينا تشفير متاح من قبل الجهة التي منحته هذا الاعتراف، و من الجهة التي منحت الموقع التشفير و الاعتراف[3]، و هذا ما يسمى بالحكومة الإلكترونية[4]، حيث يصير استحقاق هذا النوع من البطاقات بالمواطنة، في حين أن سبب استحقاقها لدى البنوك هو وجود الحساب البنكي، وتصبح قوة الاعتراف بها من قبل الدولة.

---

[1] – سيأتي تفصيل ذلك لا حقا ص(135، 137)

[2] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 265.

[3] – البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص (87-88).

[4] – الحكومة الالكترونية: هو أن يصير من الممكن للشخص أن يقوم بإنجاز معاملاته لدى الحكومة من خلال الانترنت دون حاجة لحضوره الشخصي، و على كل فلا بد من بنّية تحتية تسمح بعمل كل ذلك عبر الانترنت، المركز الوطني للتصديق الرقمي (برنامج الحكومة المركزية)، البنّية التحتية للمفاتيح العامة، وزارة الاتصال و التقنية، المملكة العربية السعودية، ص 07.

وإذا أراد الشخص الحصول على بطاقة المواطن الالكترونية عليه القيام بطلب رسمي وتقوم الجهة التي تصدرها بعملية التثبّت من أهليته للأداء، و بهذا يصير في إمكان المواطن إدراج تلك المعلومات في نماذج الاعتراف بشخصه لدى التعامل عبر الأنترنت.

المطلب الثالث: عيوب الرضا في العقد الالكتروني

سوف نتناول عيوب الرّضا مع تطبيقاتها على العقد الإلكتروني كالآتي:

الفرع الأول: الإكراه في العقد الالكتروني

الإكراه لغة: من الفعل كره يكره كرها، بمعنى المشقّة يقال: قام فلان على كره أي: على مشقّة، وأقامه فلان على كره أي أكرهه على القيام[1].

أما اصطلاحا: فهو حمل الإنسان على أمر لا يريده طبعا و لا شرعا[2].

و للفقهاء في مسألة الإكراه ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[3] و الشافعية[4] و الحنابلة[5] إلى أن الإكراه يفسد العقد أو يبطله و لا تقبل الإجازة بعد زوال الإكراه.

القول الثاني: ذهب الحنفية[6] إلى أن الإكراه يفسد هذه العقود، و لكن إن حصل الرّضا بعد زوال الإكراه صحّ العقد.

ويتصوّر وقوع الإكراه في العقد الإلكتروني و خاصة في العقد الذي يتم من خلال إرسال نموذج الكتروني للعقد إلى الصفحة الخاصة بالمشتري لتمكينه من الاطلاع على بنود العقد، و يحتوي هذا النموذج عادة على خانات تتضمّن عبارات قد تفيد قبول المرسل إليه للتعاقد أو رفضه فإذا أمسك المكره في هذا النمط يد المتعاقد (شخص المرسل إليه) عنوة و أجبره على الضّغط بها بواسطة المؤشر

---

[1] – الفيومي، المصباح المنير ، مرجع سابق، 532/2.

[2] – الجرجاني، التعريفات ، مرجع سابق، ص 37.

[3] – العبدري، محمد بن يوسف بن ابي القاسم ، التاج و الإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 248/4.

[4] – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 7/2.

[5] – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 281/10.

[6] – الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق ،5/(181-183).

المتحرك للنقر على خانة القبول في نموذج العقد المعروض على شاشة الحاسوب، أو أجبره على تحرير رسالة البيانات التي تفيد قبوله[1].

و تفاديا لوقوع مثل هذا النوع من الإكراه في العقد الإلكتروني، و تحقيق بيئة أكثر أمانا للبيانات الإلكترونية، يفضّل ألا يكتمل التعبير عن الرّضا (القبول) بمجرّد الضّغط أو النقر على الأيقونة، بل يكتمل القبول بعد أن يضع المتعاقد الرقم السّري الخاص به في الخانة المخصصة له و يستخدم المفتاح الخاص، و الذي يتم توثيقه من قبل طرف ثالث(سلطة التصديق)[2].

الفرع الثاني: الغلط في العقد الإلكتروني

الغلط لغة: مجانبة الصواب، و هو أن تعيا بالشيء فلا تعرف الصواب فيه[3].

و في الاصطلاح: هو وهم يقوم في الذّهن على أن الأمر كذا و هو ليس كذلك و بعبارة أخرى ما خالف الواقع من غير قصد[4].

و الغلط في العقد يظهر للعاقد دائما بعد أن يتم العقد، و أن المعقود عليه يكون مخالفا لما وقع عليه التعاقد في الذّات أو الوصف[5]، أو شخص العاقد الآخر[6].

أمّا في العقود الإلكترونية قد يقع بسبب العرض الناقص للمنتجات، و ذلك بأن يكون العرض غير واضح أو غير مفهوم، أو غير متضمّن الوصف الدقيق للسلع و الخدمات- مما يؤدي إلى الوقوع في الغلط بشأن المنتج المعروض عبر الانترنت، و إلاّ أن الادعاء بالغلط على أساس العرض الناقص للمنتج قد يصعب إثباته لأنه يتم على صفحة الويب،حيث يتم تغييره و تعديله في وقت لاحق بوسيلة إلكترونية من دون أن تترك أثرا ماديا ملموسا[7].

---

[1] - حسين الراشدي، عقود التجارة الالكترونية وقواعد إبرامها ، مرجع سابق، ص 108.

[2] - نادر الفرد قاحوش، العمل المصرفي عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 37.

[3] - الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، مرجع سابق، 878/1.

[4] - قلعة جي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار الأندلس، بيروت، 1985، ص 333.

[5] - السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 12/13، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 140/5.

[6] - السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 105/14.

[7] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 165.

و هناك غلط يقع أثناء إبرام العقد كأن ينقر شخص فوق أيقونة القبول أو الإرسال على شاشة الحاسوب فيصل القبول إلى الوسيط الالكتروني الذي عبّر عن الإيجاب، فهنا ينعقد العقد مبدئيا دون أن تتوجّه إرادته الحقيقية إلى ذلك.

و في هذه الحالة فإن هذا البرنامج يجب أن يكون مبرمجا بطريقة تسمح للمتعاقد بالعلم بحدوث خطأ ما في اختياره و إمكانية تعديل هذا الخطأ قبل أن يقوم بقبول الإيجاب نهائيا[1].

الفرع الثالث:التدليس أو التغرير (الخداع) في العقد الإلكتروني

التدليس في اللغة: من دلّس ا لبائع تدليسا، إذ كتم عيب السلعة عن المشتري و أخفاه، و يقال: ليس لي في الأمر ولسٌ ولا دلسٌ، لا خيانة و لا خديعة، و هو في الأصل يدل على ستر و ظلمة[2].

و أمّا التغرير لغة: فهو الخداع و إيقاع الشخص في الغرر، أي في الخطر[3].

و أما اصطلاحا: فالتغرير أو التدليس هو إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظانا أنه في مصلحته، أو هو قيام شخص بخديعة آخر باستعمال وسائل احتيالية قوليه أو فعلية مضّللة تحمله على التعاقد معه[4]؛أو هو كتم العيب عن المشتري مع علمه به[5].

و يظهر أن التدليس و التغرير بمعنى واحد، و إن كان التدليس أكثر استعمالا في الفعل، و التغرير أكثر استعمالا في القول[6].

و يتصوّر حدوث التدليس أو التغرير في العقد الالكتروني بكثرة، وذلك كأن يقوم المشتري بإبرام عقد الكتروني مع شركة و هميه اتخذت موقعا إلكترونيا لها على الشبكة في الوقت الذي ليس لها

---

1 - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت ، مرجع سابق، ص 155.

2 - الفيومي، المصباح المنير ، مرجع سابق، 198/1.

3 - ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، مادة غرر، 12/5.

4 - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، ط2، 1990/1989، ص 448.

5 - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 113/4.

6 - رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الانترنت ، مرجع سابق، ص 262.

وجود حقيقي، حيث تقوم بعرض السلع دون وجودها أصلا، كما يتصور أن يحدث الاحتيال في مواصفات السلعة بالدعاية لها بمختلف الصور و الوسائل[1].

نلاحظ أن عيوب الرّضا في البيئة الالكترونية تعتمد على أسلوب الوقاية من الوقوع في العيب بدل العلاج كما هو الشأن في العقود العادية، و ذلك نتيجة للطبيعة العالمية لشبكة الأنترنت وما استحدثته من مشاكل و تحديات قانونية خاصّة عندما يكون أحد أطراف العقد أجنبيا.

لذلك من المفضّل لمستخدم شبكة الانترنت الانتباه إلى خطورة أن يقع في عيب من عيوب الرّضا ويجب عليه عدم الإقدام على التعامل مع الشبكة، إذا لم يكن لديّه ثقافة خاصّة باستخدام الشبكة ولا نقصد بها جزئيات وتفاصيل الطرق التكنولوجية، بل الأسس التي يقوم عليها هذا التعامل لذا على الأشخاص عديمي الخبرة الحذر من أن يبرم عقدا إلكترونيا لا يسبقه مفاوضات (عقد فوري)، و الذي يتم من خلال الضّغط على أيقونة القبول مباشرة، بل يجب عليه التأكد من شروط العقد جيّدا و مواصفات السّلعة و الأسعار، و عدم الاعتماد على دليل أسعار واحد، بل من الأفضل تصفح عدّة مواقع تبيع نفس السّلع للوقوف على السعر التقريبي للسّلعة[2].

و عليه أن يتأكد من أن الموقع احترافي و أن تحديثه تم مؤخرا عن طريق تفعيل و تنشيط جهات التوثيق الإلكتروني، فدورها ليس قاصرا على مجرّد التأكد من صحّة و نسبة صدور الإرادة التعاقدية لمنشئها، بل التأكد من صحّة هذه الإرادة و بعدها عن عيوب الرّضا.

---

[1] – عبد الفتاح بيومي، التجارة الالكترونية و حمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، 206/2.

[2] – فتحي حسين الراشدي، عقود التجارة الالكترونية وقواعد إبرامها ، مرجع سابق، ص 130.

المبحث الثالث: محل العقد الالكتروني (المعقود عليه)

المعقود عليه –في الغالب– يكون ثمنا من طرف و سلعة و خدمة من الطرف الآخر، و هو الشيء ذاته بالنسبة للعقد الالكتروني، إذ يكون المعقود عليه ثمنا من طرف و سلعة أو خدمة من الطرف الآخر، إلا أن هناك اختلافا كامنا في طريقة دفع الثمن، وكذلك الأمر بالنسبة للسلع حيث أنها تختلف عن غيرها في طريقة تسليم المبيع أو المعقود عليه.

المطلب الأول: تعريف المحل و شروطه

الفرع الأول: تعريف محل العقد

محل العقد: هو ما يثبت فيه أثر العقد و حكمه[1] و هو المسمى المبيع و الثمن[2] و قد يكون عينا مالية أو منفعة أو عملا[3].

الفرع الثاني: شروط محل العقد

اشترط الفقهاء في محل العقد عدّة شروط يجب توافرها فيه نجملها في ما يلي:

أولا: أن يكون محل العقد موجودا وقت العقد.

اتفق الفقهاء على أنّ المعدوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلا للعقد سواء كان عينا أو منفعة[4].

و أما إذا كان الشيء المعدوم أثناء العقد يمكن وجوده في المستقبل وهو من الأعيان فقد اختلف الفقهاء فيه إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: اشتراط وجود محل العقد وقت التعاقد في كافة عقود المعاوضات و التبرعات وهو ما ذهب إليه الحنفية[1] و الشافعية[2] و الحنابلة[3].

---

[1] – الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، 400/1.

[2] – مصطفى ا لخن و آخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم ، دمشق، ط7، 2006، 12/3.

[3] – الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، 400/1.

[4] – ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 14/7، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 232/5، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 49/6، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 16/2.

ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 298/4.

القول الثاني: اشتراط وجود محل العقد وقت التعاقد في عقود المعاوضات دون عقود التبرعات وهو ما ذهب إليه المالكية[4].

القول الثالث: عدم اشتراط وجود محل العقد وقت التعاقد في كافة العقود ما دام أنّه قد يعيّن بالأوصاف وهو ما ذهب إليه العز بن عبد السلام[5] من الشافعية، وابن تيمية[6] وابن القيم[7] من الحنابلة.

و بناء على هذا القول فلو تم إبرام عقد إلكتروني على معدوم تعيّن بالأوصاف وقت التعاقد، إلا أنه يمكن وجوده صح العقد، كالتعاقد لإنتاج برنامج حاسوبي معيّن بمواصفات جديدة[8].

يقول ابن القيم:[9]« أن المعدوم من حيث هو معدوم يصحّ أن يكون محلاّ للعقد ما دام أنه قد تعيّن بالأوصاف، و إذا عرض له عارض من عدم الصّلاحية، فليس لأنه معدوم بل لأنّ فيه غرر و جهالة تقضي إلى القمار المحرم أو التنازع»[10].

ثانيا: أن يكون مقدور التسليم عند العقد، حتى و إن كان المبيع مملوكا للعاقد[11].

ثالثا: أن يكون المعقود عليه (المحل) معلوما للطرفين علما ينفي الجهالة المؤدية للنزاع و يحصل العلم به بأحد الطريقتين:

---

[1] – ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 13/7، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 332/5.

[2] – الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف ، المهذب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، 12/2.

[3] – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 298/4.

[4] – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 71/6.

[5] – العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مؤسسة الرّيان للنشر و التوزيع، بيروت، 95/2.

[6] – ابن تيمية، الفتاوى، مرجع سابق، 47/29.

[7] – ابن القيم، أعلام الموقعين ، مرجع سابق، 462/1.

[8] – سلهب، مجلس العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص 36.

[9] – أنظر ترجمته، ص82.

[10] – ابن القيم، أعلام الموقعين ، مرجع سابق، 2/(27-28).

[11] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 147/5، البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 162/3.

أ- برؤيته أو برؤية بعضه الدال عليه رؤية مقارنة أو متقدمة على العقد بزمن يسير لا يتغير فيه المبيع ظاهرا.

ب- بوصفه وصفا رافعا للجهالة يقوم مقام الرؤية[1].

وإذا كان الأمر كذلك، فالسؤال المطروح الآن هل شرط العلم بالمبيع متحقق في العقد الالكتروني؟ الباحثون والمهتمون بالعقد الالكتروني لا يعتبرون العلم بالمعقود عليه مشكلة مستعصية لأن التقدم العلمي قد أزال هذه العوائق، و يمكن معاينة المحل أو المعقود عليه بإحدى طريقتين[2].

أ- معاينة المعقود عليه عبر صور ثابتة (فوتوغرافية) أو مرئية و متحركة، حيث تبين هذه الصور أبعاد السلعة من زوايا مختلفة بشكل يتيح للمشتري رؤيتها من جميع الجوانب كاللون والطول والشكل والعرض والعيوب، فالعلم هنا وإن لم يكن متحققا باعتبار الرؤية إلا أنه في أقل أحواله يعتبر متحققا باعتبار الصفة[3].

ب- رؤية المبيع بواسطة شركات متخصصة، حيث أن هناك شركات متخصصة في معاينة المعقود عليه تعد وكيلا عن المشتري تسمى بشركات التفقد أو الاستقصاء والاستقصاء، حيث يتصل المشتري بإحدى هذه الشركات و يطلب منها فحص السلعة فحصا دقيقا شاملا و كتابة تقرير مفصل عنها[4].

و هذه الطريقة تقوم على التوكيل برؤية المبيع و قد أجاز فقهاء الحنفية[5] و الشافعية[6] التوكيل برؤية المبيع، لأنها من المباحات التي يملكها كل واحد فتكون رؤية الوكيل كرؤية الأصيل على خلاف في سقوط خيار الموكل برؤية الوكيل مع قبضه للمبيع [1].

---

[1] – الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 4/(39-40)، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 18/2، البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 186/3، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 246/5.

[2] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (354-355).

[3] – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 372.

[4] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (354-355).

[5] – السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 74/13، ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 599/4.

[6] – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 327/4.

و العلم بالمبيع هنا متحقق لأن رؤية المبيع عبر هذه الشركات أفضل من رؤية المشتري نفسه، لأنها شركات متخصصة تطلع على العيوب الظاهرة و الخفية و تفحص المبيع فحصا دقيقا.

رابعا: أن يكون المحل مملوكا للعاقد عند العقد فلا يصح بيع ما لا يملكه الإنسان، و الإشكال المطروح هنا أن بعض المواقع تعرض سلعا لا تملكها فكيف يتم النظر إلى البيع عبرها؟

يستطيع المرء أن يقصر تعامله مع المواقع المالكة للسلع التي تعرضها، كمواقع الشركات والمصانع على اختلافها، ولكن إذا تعامل مع غيرها لا تخلوا من حالتين إمّا أن تكون قد صرّحت بعدم تملّك السلعة – وهذا هو الغالب – وهي بهذه تلقي المسؤولية عن عاتقها، و يعتبر الموقع في هذه الحالة مجرّد واجهة للتعريف مثل أي لوحة إعلانية، و إن تولى مسؤولية الاستلام و التسليم[2].

و أمّا في الحالة الثانية حين لا يصرح الموقع بعدم تملك السلعة فليس على المشتري أن يتكلّف شيئا لم يظهر له[3] و ما يشترط في المبيع يشترط في الثّمن، فما كان شرط للثمن يصلح أن يكون شرطا للسلعة و العكس صحيح[4].

المطلب الثاني: أنواع السلع في العقد الالكتروني

العقود الإلكترونية التي تبرم بين المتعاقدين عبر الوسائط الالكترونية من حيث طريقة تسليم المبيع أو المعقود عليه، تنتظم في حقلين: الأول حقل خاص بالسلع التي لا جِرْم[5] لها، و يتم استلامها إلكترونيا و يمكن تسميتها بالسّلع الإلكترونية، و حقل ثان خاص بالسلع التي لها جِرْم ولا يمكن نقلها إلكترونيا و إنما يتم ذلك عبر شحنها و يمكن تسميتها بالسلع غير الإلكترونية.

---

[1] – اختلف فقهاء الحنفية، حيث يرى أبو يوسف و محمد بن الحسن عدم سقوط خيار الموكل برؤية الوكيل لأنه وكله بالقبض و الرؤية فقط، و ذهب أبو حنيفة إلى سقوط خيار الموكل ، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 295/55.

[2] – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 356.

[3] – المرجع نفسه ، ص 356.

[4] – ابن نجيم، البحر الرائق، 279/5، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 258/4، النووي، المجموع، مرجع سابق، 169/9، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 7/4. البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 149/3.

[5] –الجرم بكسر الجيم في اللغة ثلاثي مادته، الجيم و الراء و الميم (جرم) هو الجسم – ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، باب الميم، فصل الجيم، 93/12.

الفرع الأول: السلع الإلكترونية

يقصد بالسلع الإلكترونية تلك السلع التي يمكن انتقالها إلى المشتري مباشرة بطريقة إلكترونية أثناء الاتصال عبر الأنترنت، دون حاجة إلى شحنها مثل الكتب الإلكترونية أو برامج التشغيل أو برامج الصوت و الصورة و نحو ذلك، فهنا يقوم الراغب في الحصول على برنامج معين أو كتاب إلكتروني محدّد بالبحث عنه في سوق الانترنت، حتى إذا ما وجد غايته يقوم بمتابعة مراحل الشراء، فإذا قام بدفع الثمن عبر و سائل الدفع الإلكتروني يرسل الموقع السلعة الإلكترونية فورا ليجدها المشتري في جهازه بعد دقائق، في عملية باتت تسمى بتنزيل البرامج أو تنزيل الكتب[1].

و عليه يمكن القول أنها عبارة عن عقود استوفت كل متطلبات العقد الصحيح، غير أن طريقة التسليم للمعقود عليه تمت و نفّذت عبر الوسائط الالكترونية دون حاجة للبيئة المادية[2].

غير أن الشّيء الذي يجب التنبيه إليه هو افتقار تلك السلع التي لا جرم لها إلى برامج أخرى تعتبر بنية تحتية، أو يمكن القول أنها قاعدة للبرامج الجديدة، فلا يمكن للمشتري أن ينتفع بهذا البرنامج ما لم تكن تلك البرامج التشغيلية موجودة في جهازه، فمثلا لا يمكن سماع آيات من القرآن الكريم أو أي صوتيات يتم شراؤها عبر الشبكة العالمية، ما لم يكن برنامج الصوت الموجود في جهاز المشتري متوافقا معها، و هذا أمر معلوم لكافة مستخدمي البرنامج، بل هو شيء يجري التنبيه إليه في المواقع التي تتيح بيع تلك البرامج[3].

و في الأخير أن هذه السلع الالكترونية ليس من شرط شرائها وجود تأمين لدى انتقالها- بل كل ما هناك هو وجود هذا التوافق بين البرامج التي يشتريها المرء و البرامج الموجودة في جهازه حتى يتسنّى له الاستفادة مما اشتراه، و تبعة ذلك تقع على عاتقه (المشتري).

---

[1] - الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي مرجع سابق، ص 333.

[2] - سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 324.

[3] الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 119.

- **التكييف الفقهي لعقد برنامج الكمبيوتر**[1]:

يختلف تكييفه تبعا لإرادة أطراف العقد المراد إبرامه، فإذا قام الطرف الأول بدفع مبلغ من المال إلى الطرف الثاني لنقل ملكية البرنامج مع كافة حقوقه، فإنّ إرادة الطرفين اتجهت إلى عقد البيع أمّا إذا انصب العقد على حق الانتفاع بمحل العقد مدة معينة و إبقاء ملكيته للمبتكر، و ذلك مقابل مبلغ من المال، فإن الإرادة اتجهت إلى عقد الإجارة، حيث لا يتم نقل كافة الحقوق إلى العميل و إنما يتم تخويل العميل حق استعمال البرنامج و الانتفاع بها مدّة، أما الملكية فهي لصيقة بشخص المبرمج أو الشركة المالكة للبرنامج، و يكون له الحق في إجراء أي تعديل على البرنامج و طرحه للتداول[2] و هذا هو الغالب.

الفرع الثاني: السلع غير الإلكترونية

يقصد بالسلع غير الإلكترونية سائر السلع التي لا يمكن نقلها إلكترونيا، إذا يفتقر نقلها إلى شحن ليتحقق منها غرض المشتري، و صورة ذلك أن يقوم الراغب في السلعة بالبحث عنها في سوق الأنترنت، حتى إذا ما وجد غايته كساعة مثلا أو كمبيوتر يقوم بمتابعة مراحل الشراء المذكورة سابقا، و منها دفع الثمن عبر وسائل الدفع الالكتروني، بعدها يقوم الموقع البائع بإرسال السلعة عبر شركة من شركات الشحن، و ما هي إلا أيام حتى تصل السلعة إلى مشتريها[3].

إنّ المتأمّل لهذه المعاملة يجد أن البائع ينتهي من أمر بيع السلعة غالبا قبل البدء بذكر وسائل الشّحن المتاحة ليختار المشتري أحدها، و هذا يعني أننا أمام عقدين بقيمتين مختلفتين أحدهما للسلعة وهو واضح، و الآخر لوسيلة الشحن، إذ بمجرّد الانتقال للاختيار بين وسائل الشحن يصبح المشتري

---

[1] – برنامج الكمبيوتر: عبارة عن مجموعة من الأوامر – رموز و أرقام – و التعليمات المتسلسلة التي تخبر الحاسوب ماذا يفعل، و هناك نوعان منها، برامج التشغيل و هي التي يتم استخدامه بهدف تشغيل الكمبيوتر، و برامج تطبيقية و هي التي تطوّع الحاسوب من أجل تنفيذ وظائف مفيدة عامة مثل معالجة النصوص و استخدام البريد الالكتروني، محمد بلال الزعبي و آخرون، الحاسوب و البرمجيات الجاهزة، دار وائل للنشر، ط6، 2003، ص (15-55).

[2] – أبو العز، التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 256.

[3] – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 339.

في حال كما لو كان يتفاوض مع الجهة المرسلة و بلسان حاله يقول لهم، لدي سلعة هذه مواصفاتها، و هو شيء يظهر للشركة المرسلة آليا، فيقولون له آليا نحن ننقلها إليك بكذا فإن وافق يتم قبوله بمجرّد الضّغط على عبارة " انقر هنا لإرسال الطلبية" و هي عبارة ظاهرة في ذيل الصفحة، حيث يعطى الأمر لإتمام الصفقتين معا (البيع و الشحن)، باعتبار الأولى المتعلقة بالسلعة ذاتها مرهونة بإنجاز الثانية فهل هذا من قبيل البيعتين في بيعة؟ وما هو توصيف شركة الشحن؟.

- **التكييف الفقهي لشحن السلع في العقد الإلكتروني:**

يرى بعض الباحثين أن عقود الشّحن تعتبر إجارة شأنها شأن خدمة البريد و هذا ما ذكره عبد الستار أبو غدة قال« و من القضايا الفقهية التي طرحت في المدوّنات الفقهية، تكييف خدمة البريد على أنها إجارة تعقد على المنفعة، و لو لم يتلفظ بالعقد اعتمادا على العرف، وأنّ هذه إجارة مشتركة، و أنّ القائم بالعمل يضمنه إلا في الظروف القاهرة، بناء على تضمين الصّناع، و أنّها تشمل خدمة الإيصال و الرّد إذا اشترط ذلك...»[1].

و ذهب الزهراني إلى أن خدمة الشحن ليست سوى عقد وكالة بأجر، لأن شركة الشحن تتولى حمل السلعة بدلا عن المشتري أو البائع لتصل بها إلى الوجهة المطلوبة و استدل لذلك بأدلة منها[2]:

1- أن هناك ظهور لمعنى النيابة في العمل و هو الوكالة بعينها.

2- أن العرف التجاري قد جرى بتسميتها وكالات و هو أمر في غاية الشهرة و الوضوح، بل نجد وثيقة و شروط عقد الشحن تتضمن معنى التوكيل، و هناك تصريح في بعضها بأن المرسل طالب الخدمة يجعل الشركة نائبة عنه بصراحة في بعض بنود العقد.

و على شدة الامتزاج بين عقد بيع السلعة و عقد شحنها، فليست من قبيل بيعتين في بيعة، لأن مسائل بيعتين في بيعة تدور على عقدين بين طرفين ثم ربط أحدهما بالآخر، وهنا الأمر مختلف لأن هناك عقدان بين ثلاثة أطراف، العقد الأول للموقع مع المشتري و هو عقد بيع، و العقد الثاني

---

[1] – عبد السّتار أبو غدة، ثورة الاتصال و آثارها، بحث مقدّم إلى منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، منتدى الفكر الإسلامي، 2005/1426، ص 14.

[2] – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 162.

شركة الشحن مع المشتري وهو عقد وكالة بأجر لنقل السلعة، و إذا كان التعاقد يتم بلمسه واحدة لدى صدور القبول، فهذا لا يعني أنهما غير منفصلان[1].

لكن الإشكال المطروح هو أن المشتري لا يملك اختيار وكالة الشحن، بل إن الموقع أو الشركة (البائع) هي التي تحدّد وكالة الشحن، و هو شرط إتمام العقد، و كأنهم يقولون له نبيعك هذه السلعة بشرط أن تتعاقد مع هذه الوكالة بعينها لشحن سلعتك فما حكم هذا الشرط؟

اختلف الفقهاء في شرط غير السلف في العقد، و ذلك كأن يقول البائع أبيعك سيارتي على أن تبيعني دارك إلى قولين:

القول الأول: أن هذا الشرط فاسد و به قال الحنفية[2] و الحنابلة[3].

القول الثاني: أنّ هذا الشرط صحيح و به قال المالكية[4].

و قد ذهب الزهراني[5] من المعاصرين إلى صحّة هذا الشرط و أستدل بأدلة منها:

1- أنه لا توجد صله تربط بين عقد البيع و عقد الشحن فهما منفصلان، كما أنه لا توجد مصلحة محدّدة ينالها البائع من اشتراطه إبرام هذا العقد الآخر مع شركة الشحن سوى تحقيق نفع محض للمشتري و ليس له أثر في ثمن السلعة، فهو مجرّد خدمة قدمها البائع للمشتري لأمر لا يتعلق بالصّفقة ذاتها[6]، و إنما القصد منه تحقيق أفضل درجات الحفاظ على السلعة.

2- أنه شرط قد جرى عليه العرف، و غلب على معاملات الناس في العقود الالكترونية، ومنعه قد يسبب حرجا للناس، حيث لا يمكن تنظيم العلاقة في هذا النوع من العقود بطريقة أخرى تحقق الفوائد ذاتها المتحققة من إتباع هذه الطريقة[7].

---

[1] - المرجع نفسه، ص 354.

[2] - السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 16/13.

[3] - ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 56/4.

[4] - سحنون، المدونة، عبد السلام ابي سعيد ، مطبعة السعادة، تصوير دار صادر، بيرون، 4/(126-127).

[5] - الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (384-386).

[6] - المرجع نفسه، ص 385.

[7] - الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 386.

و يظهر وجود أجل من حين توقيع العقد، إلى استلام السلعة، و لا يوجد في الغالب تحديد له فهو أجل مجهول، و هو شيء و إن لم يكن مشترطا في صلب العقد، إلا انّه واقع مقبول من كليهما (البائع و المشتري) والأمر على هذا بمنزلة اشتراط أجل للتسليم تعتريه الجهالة فهل هذا صحيح؟

يرى الزهراني أن الأجل هنا لا تعتريه جهالة مفضية إلى النزاع للأدلة الآتية[1]:

1- أن المشتري قد جعل وكيلا يستلم عنه، هو شركة الشحن، وهم يستلمون نيابة عن المشتري في وقت لا يكاد يتجاوز يوما واحدا، و هو شيء قد جرى عليه العرف، و الأجل محدد لا خفاء فيه، من حين توقيع الصفقة إلى تسليم السلعة للوكيل، و الأجل هنا جار على عرف غالب.

2- أن الأجل الظاهر يعود إلى الفترة التي تكون فيها السلعة بيد الوكيل الذي هو شركة الشحن لا البائع و بالتالي فهو أجل يلحق صفقة التوكيل بشحن السلعة و ليس صفقة بيع السلعة ذاتها، وعلى هذا لا يصح اعتباره أجلا مجهولا يتعلق بتلك الصفقة أصلا، الأجل يرجع لصفقة الشحن لا صفقة البيع.

3- أن الأجل معلوم بالعادة لا بالنص، إذا من المعلوم لدى شركات الشحن و المتعاملين معها كم هي مدة الشحن المفترضة لجلب سلعة من مكان إلى مكان، بموجب قوائم تحدّد المدّة و نوع السلعة، و هو يختلف (الأجل) حسب طلب العميل و نوع السلعة، و المقصود أن الأجل معلوم و ليس مجهولا.

الفرع الثالث: هلاك المعقود عليه

المبيع في العقد الإلكتروني قد يكون عرضة للهلاك، إمّا بفعل البائع أو المشتري أو بفعل أجنبي (شركات الشحن المسؤولة عن توصيل المبيع للمشتري) أو بآفة سماوية، كما ذكر الفقهاء حسب الحالات الآتية:

أولا: إذا هلك المعقود عليه قبل القبض بآفة سماوية[2].

اتفق الفقهاء[1] على أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض بآفة سماوية.

---

[1] – المرجع السابق، ص 387.

[2] – الآفة السماوية: ما لا صنع للآدمي فيها كالريح و الحر و البرد و العطش، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 175/4.

ثانيا: إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل فاعل.

فأما أن يكون بفعل البائع أو المشتري أو أجنبي عن العقد:

1- إذا هلك قبل القبض بفعل البائع فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أراء:

- **الرأي الأول**: يثبت الخيار للمشتري بين الفسخ أو الرجوع بالثمن على البائع و هو قول الحنابلة[2].
- **الرأي الثاني**: ينفسخ البيع و يرجع المشتري على البائع بالثمن لا غير و هو قول فقهاء الحنفية[3]، و المذهب عند الشافعية[4].
- **الرأي الثالث**: يغرم البائع المبيع بمثله إذا كان مثليا و بالقيمة إذا كان متقوما وهو قول المالكية[5].

2- إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل المشتري

اتفق الفقهاء[6] على اعتبار المشتري أنّه قبض المبيع قبضا صحيحا فيضمن المبيع و يلزمه الثمن.

3- إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل الأجنبي: يمكن التمثيل للأجنبي بشركات الشحن في العقد الالكتروني، و قد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

- الرأي الأول: يثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف (الأجنبي) بالمثل إن كان مثليا و بالقيمة إذا كان متقوما وهو رأي الحنفية[7] والمالكية[1]، و المذهب عند الشافعية[2] و الحنابلة[3].

---

[1] – السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 49/13، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 238/5، الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، 132/3، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 67/6، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 154/6.

[2] – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 184/6، ابن مفلح، المبدع ، مرجع سابق، 118/4.

[3] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 238/5، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 15/6.

[4] – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 67/6.

[5] – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 4/(481-482).

[6] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 238/5، الخرشي، شرح الخرشي ، مرجع سابق، 162/5، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 499/3، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 184/6.

[7] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 238/5.

– **الرأي الثاني**: يفسخ العقد إذا ملك المبيع بفعل أجنبي و هو قول الشافعية[4].

و بما أن شركات الشحن وكيلة عن المشتري فيعد قبضها قبضا للمشتري، وفي هذه الحالة لا ينفسخ العقد و التلف حصل بيد المشتري[5] و لا نملك تحميل البائع ضمان المبيع، فإذا كان هناك تقصيرا أو تعد من الوكيل (شركات الشحن) بأخذ المشتري المبيع و يطالب شركات الشحن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه[6] كما يجوز له بيع البضاعة و هي في الطريق و يتم البيع بينه وبين المشتري الجديد بتسلمه سند الشحن.

ثالثا: إذا هلك المعقود عليه بعد القبض: اتفق الفقهاء[7] على لزوم الثمن من المشتري و التلف يكون عليه.

المطلب الثالث: الثمن و طرق أدائه في العقد الالكتروني

إن أداء الثمن في العقد الالكتروني قد يتم بطرق و أساليب تقليدية[8]، إلى جانب وسائل الدفع الإلكتروني و لعدم وجود ما يميز الوسائل التقليدية في العقد الإلكتروني في العقود العادية، فإننا سنقتصر على وسائل الدفع الإلكتروني فقط.

الفرع الأول: تعريف الثمن

الثمن لغة: العوض و الجمع أثمان، و بعته بثمن فهو مثمن أي مبيع بثمن[9].

---

[1] – الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 4/(481-482).

[2] – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 2/(67-68).

[3] – ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 184/6.

[4] – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 67/2.

[5] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 502.

[6] – الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 352.

[7] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 239/5، الخرشي، شرح الخرشي ، مرجع سابق، 158/5، الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 65/2، ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، 184/6.

[8] – كالدفع النقدي أو الدفع بالشيكات، أو التحويل المصرفي...و غيرها من الأساليب النقدية الورقية.

[9] – الرّازي، مختار الصحاح ، مرجع سابقّ، 2089/5، الفيومي، المصباح المنير ، مرجع سابق، 84/1.

أمّا اصطلاحا: فهو ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع و هو أحد جزئي المعقود عليه (الثمن و المثمن)[1].

و الفرق بين الثمن و القيمة: أنّ الثمن ما تراضي عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أو نقص، وأمّا القيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة و لا نقصان[2].

وشروط الثمن لا تختلف عن شروط المثمن و ذلك لأن الفقهاء يذكرون شروط المعقود عليه (الثمن و المثمن) معا فما يكون شرطا للمثمن يصلح أن يكون شرطا للثمن، غير أن هناك بعض الشروط يختص بها الثمن في العقد الإلكتروني.

يظهر من خلال التعامل مع أكثر المواقع الإلكترونية أنّها لا تقبل إتمام المعاملة إلاّ أن يكون دفع الثمن بواسطة وسائل الدفع الإلكتروني، أو أي وسيلة تحقق لهم استلام الثمن قبل إرسال السلعة، فهل هذا الشرط جائز؟ أي يلزم المشتري دفع الثمن قبل استلام السلعة.

اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه التسليم أولا، إذا كان المبيع بين عين و دين[3]، حيث ذهب الحنفية[4] و المالكية[5] إلى وجوب تسليم الثمن أولا من قبل المشتري، و على البائع تسليم المبيع ثانيا لحديث ابن عباس– رضي الله عنه– قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: «**الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ** ...»[6]؛ووجه الدلالة أنه لو تأخر الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا، وقد استثنى الحنفية من ذلك الثمن المؤجّل، لأن البائع أسقط حق نفسه في التأجيل.

---

[1] – صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 2000، 305/1.

[2] – ابن عابدين ، رد المحتار ، مرجع سابق، 575/4.

[3] – بيع العين بالدين: هو بيع السلعة بالأثمان المطلقة و هي الدراهم و الدنانير، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 532/6.

[4] – الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 532/6.

[5] – ابن جزي، محمد بن احمد ، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، ص 164، الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، 497/4.

6– البيهقي في سننه، كِتَابُ الْعَارِيَةِ، بَابُ الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، رقم الحديث: [11474]، 146/6.

و عليه فإن قال أحدهما: لا أسلّم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه، أجبر المشتري على تسليم الثمن ثم أخذ المبيع من البائع، و للبائع أن يحبس المبيع عنده حتى يستوفي ثمنه[1].

و قال الشافعية[2] و الحنابلة[3] يجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن، لأن حق المشتري المتعلق بالعين مقدم على ما يتعلق بالذمّة.

و ما ذهب إليه الحنفية و المالكية يوضّح صحة هذا الشرط.

الفرع الثاني: طرق دفع الثمن في العقد الإلكتروني

و سنحاول تسليط الضوء على أبرز هذه الوسائل وجوانبها الفقهية دون الجوانب التقنية، و هي كالآتي:

أولا: بطاقة الائتمان

و هي من أكثر البطاقات شيوعا في الاستعمال، و نظرا لتعدد وظائفها و تشابك علاقتها، اختلف القانونيون و الاقتصاديون والفقهاء المعاصرون في تعريفها[4]، و من هذه التعاريف تعريف مجمع مجمع الفقه الإسلامي الذي عرف بطاقة الائتمان بأنها: « مستند يعطيه مصدره (البنك المصدر) لشخص طبيعي أو اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات، ممن يعتمد المستند (التاجر) دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع و يكون الدفع من حساب المصدر، ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية وبعضها يفرض فوائد ربويّة على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد فترة محدّدة من تاريخ المطالبة و بعضها لا يفرض فوائد»[5].

---

[1] – الشيخ نظام، الفتاوى الهندية ، مرجع سابق، 15/3.

[2] – الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق، 74/2.

[3] – البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 1467/2.

[4] – علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد و تشريعات البلاد العربية، دار النهضة النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2000، ص 577، فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1990، ص 8، أمير فرج يوسف، بطاقات الائتمان و الحماية الجنائية لها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 32.

[5] – مجلة المجمع الفقهي، الدورة السابعة، الجزء الأول، 1412هـ، 1992، ص 717، قرار رقم (108).

و بطاقة الائتمان علاقة بين ثلاثة أطراف: الأول بنك الإصدار وهو الذي قام بإصدار البطاقة، والثاني حامل البطاقة و هو العميل الذي يوافق البنك على إصدار البطاقة باسمه، و الثالث وهو التاجر و هو صاحب السلع و الخدمات الذي اعتمد قبول البطاقة كوسيلة للوفاء بالثمن[1].

و عندما يريد حامل البطاقة شراء سلعة أو خدمة أو الحصول على النقود عليه أن يبرر بطاقته أمام التاجر أو المصرف و عندما يتأكد هذا الأخير من المعلومات المتعلقة بالبطاقة. يتم تسجيل رقم البطاقة على قسيمة تبين ثمن الخدمة أو السلعة التي قدمت لحامل البطاقة وتاريخ تقديمها ليوقّع عليها. ثم يقوم التاجر بتقديم هذه القسيمة إلى بنك الإصدار أو أحد فروعه ليحصل على المبلغ المذكور فيها، مطروحا منه رسم يمثل نسبة تتراوح بين 1% إلى 8% بغض النظر عمّا إذا كان لحامل البطاقة رصيد في البنك بالمبلغ الذي يسدده البنك للتاجر أم لا، ثم يرسل بنك الإصدار إلى حامل البطاقة فاتورة (شهرية) بالمستحقات التي دفعها عنه ليقوم بدفع المطلوب منه[2].

و تتضمن هذه البطاقة ثلاثة عقود كل واحد منها منفصل عن الآخر، أحدها بين بنك الإصدار وحامل البطاقة، والثاني بين بنك الإصدار و التاجر، و الثالث بين حامل البطاقة و التاجر:

أ- العلاقة بين بنك الإصدار وحامل البطاقة: هذه العلاقة يتجاذبها احتمالان الكفالة أو الحوالة حيث ذهب بعض الفقهاء المعاصرين[3] إلى أنها حوالة و هي مكلفة أو مقيدة[4].

فإذا كان لحامل بطاقة الائتمان (عميل البنك) حساب مغطى لدى بنك الإصدار و اتفق مع البنك على خصم المبالغ المستحقة لاستخدام البطاقة، فإنه تنشأ حوالة على مدين (مقيدة).

---

[1] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (384-386)، أبو العز، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (231، 232).

[2] – المرجع السابق، ص 232.

[3] – الضرير، الصديق محمد ، بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، 1421هـ، 2000م، 604/3.

[4] – هذا التفريق بين الحوالة المطلقة و المقيدة عند فقهاء الحنفية، و لم يقل به جمهور الفقهاء و معنى أن تكون مطلقة أن يحيل بالدين على فلان، و لا يقيده بالدين الذي عليه (أي سواء كان عليه دين أو لا) و المقيدة أن يحيل رجلا و يقيده بالدين الذي =عليه (على المحال عليه)، السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 71/20، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 16/6، ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق، 348/5.

و إذا لم يكن للعميل حساب لدى البنك، و قبل البنك دفع المبالغ المستحقة ثم يطالبه بالسداد بعد ذلك بدون فائدة، فالعلاقة حوالة على غير مدين(حوالة مطلقة)[1] .

وذهب آخرون[2] إلى أنها كفالة و ذلك لأن بنك الإصدار ضامن للديون المتعلقة بذمّة حامل البطاقة تجاه التجار، و ملتزم بالسداد الفوري لكل أثمان الأشياء التي اشتراها أو انتفع بها حامل البطاقة[3].

وضمان بنك الإصدار لحامل البطاقة قبل الاستخدام هو من قبيل (ضمان ما لم يجب) وهو جائز عند الجمهور[4] خلافا للشافعية[5].

أن هذه العلاقة بين بنك الإصدار و حامل البطاقة مركبة من العقدين معا الكفالة و الحوالة، فهي كفالة ابتداء حوالة انتهاء حيث أن بنك الإصدار يقول لحامل البطاقة انتفع بها في حدود المبلغ المتاح لك وأنا أسدد عنك للتجار و هذا معنى الضمان؛ ثم يقول بنك الإصدار للتاجر ليس لك الحق في مطالبة حامل البطاقة بالمستحقات المالية، و إنما عليك الرجوع على بنك الإصدار بعد توقيع حامل البطاقة على قسيمة الدفع، فإذا وقّع حامل البطاقة على قسيمة الدفع انقلبت العلاقة من كفالة إلى حوالة و أصبح حامل البطاقة محيلا و التاجر محالا والمصدر محالا عليه[6].

و تفرض بنوك الإصدار على حامل البطاقة رسوما منها رسوم التجديد و الاستبدال أو التلف والضياع، و قد ذهب مجمع الفقه الإسلامي[7] إلى جواز تحصيل مثل هذه الرسوم....و هي أجرة على على عمل أداه البنك.

---

1 – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص (389-390).

2 – نزيه حماد، بطاقات الائتمان غير المغطاة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، 3 /(495-525).

3 – أبو العز، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 238.

4 – السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق، 50/20، الكاساني، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، 5/6، القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، 196/5، البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، 367/3.

5 – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 250/4.

6 – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 395.

7 – مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة الثانية عشر، العدد الثاني عشر، قرار رقم (108)، 673/3.

و نوقش هذا الاستدلال أن في هذه الرسوم غررا، إذ في حال عدم استعمالها(البطاقة) يفوت عليه هذا المبلغ بدون جدوى،[1] و يجاب عنه: بأن بنك الإصدار مكّن حامل البطاقة من الانتفاع بها، فإذا لم ينتفع بها فقد اسقط حق نفسه في المنفعة، فلا يسقط حق الأجير(بنك الإصدار) في الأجرة[2].

2- العلاقة بين التاجر و بنك الإصدار: هي علاقة سمسرة، فبنك الإصدار متوسط بين حامل البطاقة و التاجر لتحصيل دين الأجير[3]، و هناك اتفاقية مسبقة تبرم بين الطرفين تعطى لبنك الإصدار الإصدار الحق في الخصم من الفاتورة التي يقدمها التاجر لبنك الإصدار لتحصيل المستحقات من حملة البطاقات، و هذه العمولة يمكن تخريجها على أنها أجرة تحصيل الدين من حملة البطاقات لصالح التاجر[4].

3- العلاقة بين حامل البطاقة و التاجر: هي علاقة حوالة لأنّ حامل البطاقة لا يدفع الثّمن للتاجر مباشرة، و إنّما يوقّع على الفاتورة و يحيله على بنك الإصدار لأخذ مستحقاته المالية و هذا هو معنى الحوالة[5].

ثانيا: البطاقة الذّكية

تعددت تعاريف البطاقة الذّكية غير أنّها تلتقي حول معنى واحد، وهو وجود ذاكرة حاسوبية تحتفظ بكمية كبيرة من المعلومات يمكن استدعاؤها عند الحاجة، وهي تشتمل على نفس الخصائص والمميزات الموجودة في بطاقة الائتمان التقليدية، ولا تختلف عنها كثيرا إلا من حيث التقنية المتطوّرة[6]، وعليه نكتفي بما ذكر سابقا حول البطاقة الائتمانية.

---

[1] - بكر عبد الله أبو زيد، بطاقة الائتمان حقيقتها البنكية التجارية و أحكامها الشرعية، الرسالة، بيروت، ص 60.

[2] - سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 406.

[3] - المرجع نفسه، ص 398.

[4] - المرجع نفسه، ص 399.

[5] - المرجع نفسه، ص 401.

[6] - البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص 359.

ثالثا: البطاقات المسبقة الدفع

و هي عبارة عن قيمة نقدية مخزّنة على بطاقة، مدفوعة مقدّما غير مرتبطة بحساب بنكي، وتستخدم على نطاق واسع عبر الوسائط الالكترونية كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة[1].

فالبطاقة المخزّنة القيمة هي الرصيد النقدي المسجّل إلكترونيا أو قيمة نقدية مخزّنة إلكترونيا وتستخدم بعد ذلك في عملية السداد، و يكون هذا التخزين سابق للسداد، حيث يتم الخصم من القيمة المخزّنة على البطاقة المسبقة الدفع و إضافتها لحساب التاجر (الموقع التجاري الالكتروني) عن طريق الوسيط و هو بنك الإصدار[2]، و بالتالي يتم الدفع مباشرة من حساب حامل البطاقة وليس من حساب بنك الإصدار، كما هو الحال في بطاقات الائتمان غير المغطاة.

يقول عبد الوهاب أبو سليمان: « بطاقة السحب المباشر من الرصيد هي الأصح و الأسلم شرعا بين جميع أنواع البطاقات، و هي التي تنسجم مع القواعد الشرعية، و في نفس الوقت تحقق ربحا إسلاميا حلالا للبنوك»[3].

و يرى بعض الباحثين أنّ قيمة هذه البطاقة بقيمة النقد الذي تحويه فتأخذ قيمته، فلا يصح بيعها بعملة من جنسها إلا مع التقابض والتماثل، و يجوز بيعها بغير جنسها مع القبض[4] و يمكن لحاملها أن يسترد قيمتها نقدا عند انتهاء تاريخ صلاحيتها أو في حالة عدم استخدامها[5].

---

[1] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 421.

[2] – المرجع نفسه، ص 425.

[3] – عبد الوهاب أبو سليمان، البطاقة البنكية الإقراضية و السحب المباشر من الرصيد، دار القلم، دمشق، ص 222.

[4] – يوسف بن عبد الله الشلبي، الخدمات الاستثمارية في المصارف و أحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع، ط1، 2005، 2/(555،556).

[5] – سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 429.

الباب الثاني

الخيارات في العقود الإلكترونية وآثارها

ويتكون هذا الباب من فصلين:

الفصل الأول: أنواع الخيارات و تطبيقاتها في العقود الالكترونية

الفصل الثاني: آثار العقود الالكتروني

الفصل الأول

أنواع الخيارات وتطبيقاتها

في العقود الإلكترونية

إن تطور وسائل العيش و تفاوت السلع التجارية تعقيدها في المظهر و المضمون و تعرضها لأنواع من الخلل بأسباب خفية كامنة فيها، فضلا عن رواج الغش و الزيف كل ذلك يجعل العاقد ضعيفا حائرا، لا يقدم على مبادلة إلا بعد التروي و إمعان النّظر و المشاورة و لهذا شرعت الخيّارات بغيّة ضمان مراد العاقد و رغبته المبدئية في إبرام العقد و هذا أمر يستوي فيه التعاقد سواء كان بالوسائل العادية أو بالوسائل الإلكترونية.

و نظرا لخصوصية الوسائل التي يبرم بها العقد الإلكتروني، أدى ذلك إلى ظهور جوانب مستجدة في الخيارات بالإضافة إلى أنه مستقبلا ربما تظهر خيّارات مستحدثة تبعا لتنوع وسائل الاتصال الحديثة تؤدي نظير المهام التي تؤديها الخيارات المسمّاة المعروفة، و ذلك لأن الخيارات منها ما هو حكمي ينشأ تلقائيا بمجرد وقوع السبب، و منها ما هو إرادي مشترك بين العاقدين و هذا ا لنوع الأخير هو الذي يمكن أن تظهر من خلاله خيارات جديدة يفرضها العرف الإلكتروني.

و عليه فإن دراستنا لهذا الفصل سوف تشمل المباحث الآتية:

المبحث الأول: خيارات التروي.

المبحث الثاني: خيارات النقيصة.

المبحث الثالث: خيارات الجهالة.

المبحث الأول: خيارات التروي

إن تحقق الرضا و رغبة المتعاقدين في الشيء المعقود عليه هي المقصد، و حتى لا يدخل في ملكه شيء لا يرضى به، قد يحتاج المتعاقد إلى التروي و التأمل، و لهذا شرعت له خيّارات التروي و الهدف منها جلب المصلحة للعاقد، حيث لا تتوقف على فوات أمر مرغوب فيه كان يتوقعه، ولهذه الخيارات سببان: هما المجلس والشرط، و عليه نتناول هذا المبحث كالآتي:

المطلب الأول: خيار المجلس.

و يشتمل هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف خيار المجلس.

لهذا المركب الإضافي و أمثاله تعريفان أحدهما: إجمالي يتناول التركيب جملة باعتباره لقبا لمفهوم واحد، والآخر تفصيلي يقوم على تعريف كل من الجزأين على حدة.

الخيار لغة: مشتق من الاختيار، و هو الاصطفاء و الانتقاء، و خيره بين أمرين، و فوّض إليه الاختيار،فأختار أحدهما[1]، و أما كلمة المجلس فهي بكسر اللام موضع الجلوس[2]، و المراد به عند الفقهاء مكان التبايع[3].

خيار المجلس اصطلاحا: هو أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد، ولم يتفرقا بأبدانهما، أو يخيّر أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد[4].

و عرفه البعض بأنّه: « حق العاقد في إمضاء العقد أو ردّه منذ التعاقد إلى التفرق أو التخاير»[5].

و أما مجلس العقد: فهو الحال التي يكون فيها المتعاقدين مقبلين على التفاوض في العقد[6].

---

[1]- الفيومي،المصباح المنير، مرجع سابق، 185/1.

[2]- الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، 45/1.

[3]- ابن مفلح، المبدع، مرجع سابق، 63/4، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ط2، 35/2.

[4]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلّته، دار الفكر، دمشق، ط31، 2009، 240/9.

[5]- عبد الستار أبو غدة، الخيار و أثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ط2، 1985، ص 119.

[6]- الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 348/1.

و عرفه البعض بأنه: « الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب و تستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد دون ظهور أعراض من أحدهما عن التعاقد[1] ».

لكن خيار المجلس لا يبدأ من صدور الإيجاب، بل من لحاق القبول به مطابقا له[2].

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في إثبات خيار المجلس

اختلف الفقهاء في إثبات خيار المجلس للعاقدين، فذهب أغلبهم إلى القول به، وذهب آخرون إلى إنكاره و اعتبار العقد لازما بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول كالآتي:

الرأي ا لأول: يثبت الخيار لكل واحد من المتعاقدين في فسخ العقد مادام مجتمعين لم يتفرقا، وهذا رأي جمهور الفقهاء من الصحابة و التابعين[3]، و الشافعية[4]، و الحنابلة[5]، و ابن حبيب[6]، من المالكية[7]، و استدلوا بأدلة منها:

1- السنّة: استدلوا بالحديث الصحيح الذي رواه نافع[8] عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: :«**الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ**»[1]. **الخِيَارِ**»[1].

---

[1]- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 118.

[2]- المرجع نفسه، ص 119.

[3]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 10/6.

[4]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 432/3، الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 43/2.

[5]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 10/6. ابن مفلح، المبدع، مرجع سابق، 63/4، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 198/3.

[6]- ابن حبيب: هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان أبو مروان السلمي الطليطلي القرطبي، أحد فقهاء المالكية، روى عن ابن الماجشون و غيره، توفي سنة (238هـ)، و قيل غير ذلك و له مؤلفات كثيرة منها: كتاب الواضحة، و كتاب الجامع، وكتاب التفسير، القاضي عياض، ترتيب المدارك و تقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق سعيد احمد أعراب مطبعة فضالة المحمدية، المغرب، ط1، 4(122-143)، ابن فرحون، إبراهيم بن علي، الديباج المذهّب، دار التراث للطبع و النشر، القاهرة، 2/(8-15).

[7]- الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 410/4.

[8]- هو: نافع أبو عبد الله المدني مولى ابن عمر أصابه في بعض مغازيه، و أصله من بلاد المغرب و قيل غير ذلك لكن روى عن مولاه ابن عمر و جماعة من الصحابة و غيرهم من التابعين، وكان من الثّقات، قال البخاري أصحّ الأسانيد مالك عن نافع عن ابن

ووجه الاستدلال: أن الحديث صريح في إثبات الخيار لكل احد من المتعاقدين بعد انعقاد البيع حتى يتفرقا من ذلك المجلس بأبدانهما.

ونوقش هذا الاستدلال بأن المراد بالمتبايعان المتساومان قبل إبرام العقد، و بالتالي فالخيار المذكور في الحديث محمول على خيار القبول مادام في التبايع حيث يكون لمن صدر منه الإيجاب (مشتريا كان أو بائعا) أن يرجع عن إيجابه قبل أن يتصل به القبول من الآخر، و هذا الخيار سابق للعقد.

فالمتبايعان هنا هما المتساومان قبل العقد، لأنهما بعد تمام العقد لا يسمّيان متبايعين حقيقة، بل يقال كانا متبايعين[2].

وأجيب على ذلك: بأن المتعاقدين يسميان (متبايعين) بعد انقضاء التعاقد، لأن هذه التسميّة مشتقة من البيع فما لم يوجد لا يجوز أن يشتق منه، بالإضافة إلى أن القول بهذا يبطل فائدة الحديث، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه أو تركه أو إتمامه[3].

- أن المراد بالتفرق هنا تفرق بالأقوال لا بالأبدان[4].

و أجيب على ذلك: أن المقصود هو التفرق بالأبدان، ولا يصح أن يعتبر توافق الإيجاب و القبول تفرقا، لأن من أوجب غرضه أن يقبل صاحبه، فإذا قبل فهي موافقة و لا تسمّى مفارقة[5].

2- من الأثر: فقد روي العمل بهذا الحديث عن علي ابن أبي طالب و ابن عمر، و ابن عباس، و أبو هريرة[6]، و كان ابن عمر إذا اشترى شيء يعجبه فارق صاحبه لكي يجب له[1].

عمر، وتوفي سنة (117هـ) على خلاف في ذلك، ابن كثير، عماد الدين إسماعيل، البداية و النهاية، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة و النشر، مصر، ط1، 78/13، ابن حجر، تهذيب التهذيب، مأمون شيحا و آخرون، دار المعرفة، بيروت، ط1، 5/(589-590).

1- رواه البخاري في صحيحه، كِتَابُ البُيُوعِ، بَابٌ: البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، رقم الحديث: [2111]، 64/3.

[2]- الكاساني، بديع الصنائع، 228/5، ابن نجيم، البحر الرائق، 284/5، الزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ص 314.

[3]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 11/6.

[4]- ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 528/4.

[5]- النووي، المجموع، 200/9.

[6]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 11/6.

3- من المعقول: أن حاجة الناس داعية إلى مشروعيته، لأن الإنسان بعد أن يبيع شيئا قد يبدوا له أنه قد تسرع فيندم، فبالخيار الثابت له في المجلس يمكنه التدارك.

قال ابن القيّم[2]: « اقتضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريما يتروى فيه المتبايعان ويعيدان النظر و يستدرك كل واحد منهما عيبا كان خفيّا فلا أحسن من هذا الحكم، و لا أرفق لمصلحة الخلق »[3].

و يقول النووي[4]:« و ذكر أصاحبنا اقيسة كثيرة و قياسات لا حاجة إليها مع الأحاديث السابقة »[5]؛و مراده أن إثبات الخيار بالحديث السابق كاف، أما ما عداه فهو إلا من قبيل القرائن التي تفيد في نقل دلالة النص من الظنية إلى القطيعة[6].

الرأي الثاني: يلزم العقد بالإيجاب و القبول، و لا يملك أحدهما فسخ العقد منفردا، باشتراط الخيار قبل العقد و هو قول الحنفية[7]، والمالكية[8]، و بعض الصحابة و التابعين[9].

و استدلوا بأدلة منها:

1- الكتاب: قوله عز و جل ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ...﴾[10].

1- رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار، حديث رقم (20107)، (64/3).

2- انظر ترجمته، ص58.

3- ابن القيم، أعلام الموقعين، مرجع سابق، 176/3.

4- انظر ترجمته، ص82.

5- النووي، المجموع، مرجع سابق، 187/9.

6- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 127.

7- السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 156/13، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 228/5، الزيلعي، تبيين الحقائق مرجع سابق، 3/4.

8- الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 4/(409-410).

9- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 10/6.

10- سورة المائدة، الآية، 01.

ووجه الدلالة أن الآية ألزمت كل عاقد بما عقده على نفسه، و إثبات الخيار للمتعاقد، نفي للزوم الوفاء و هذا يناقض مقتضى الآية[1]، و نوقش هذا الاستدلال: أن المقصود في الآية العقد المستكمل وجوده الملزم للعاقدين شرعا، ويكون ذلك بعد تحقيق الرضا و انقطاع التردد[2].

- و قوله عز و جل: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...**[3]﴾ ،ووجه الدلالة: أن هذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة بشرط الرضا من غير توقف على التخيير[4].

و نوقش هذا الاستدلال أن عموم هذه الآية خصص بالحديث السابق[5].

- قوله عز و جلّ ﴿...**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ...**[6]﴾ .

فالإشهاد في المجلس- مع القول بخيار المجلس — لو وقع لم يطابق الأمر لأن البيع لم يحصل، و إن وقع الإشهاد بعد المجلس لم يصادف محلا لتفريقهما بالأبدان[7].

و نوقش هذا الاستدلال: أنه لا تعارض بين إثبات الخيار وآية الإشهاد على البيع، حيث يمكن الإشهاد بعد تحقق الرضا سواء كان في مجلس العقد أو بعده[8]، كما أن الإشهاد غير واجب عندكم[9].

1- الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 133/3.

2- ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، 133/3.

3- سورة النساء، الآية، 29.

4- الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، 133/3.

5- النووي، المجموع، مرجع سابق، 187/9.

6- سورة البقرة، الآية، 282.

7- الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، 133/3.

8- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 145.

9- الإشهاد عند الحنفية و المالكية مندوب إليه، السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 48/19، النفراوي، الفواكه الدواني، مرجع سابق ، 225/2.

2- من القياس: البيع عقد معاوضة كالنكاح و الخلع فلا يثبت فيه خيار المجلس، يتم بمجرد اللّفظ الدال على الرضا فكذلك البيع[1].

وأجيب على هذا الاستدلال: بأن عقد البيع هو عقد معاوضة محضة، بخلاف النكاح و الخلع ليس مقصودا منهما المال فلا يفسدان بفساد العوض[2].

- كما أن اسم البيع لا يتناول النكاح، و الخيار ورد في البيع[3]، لأن النكاح لا يقع غالبا إلا بعد روّية روّية و نظر و خطبة فلا حاجة للخيار بعده[4].

3- من المعقول: قالوا إن خيار المجلس مشتمل على الجهالة المانعة، حيث أن مدّة المجلس مجهولة جهالة فاحشة ممنوعة في الشرع[5].

فالملاحظ أن كلا الفريقين يقر فترة التأمل تحقيقا للرضا الكامل، وهي الفترة الزمنية اللازمة للتفكير و التأمل و التروي، إلا أن الخلاف يكمن في وقت ثبوتها، فهناك من يرى أنها تبدأ من صدور الإيجاب و تمتد إلى اتصال القبول به على التراخي، و هناك يرى أنها تبدأ بعد لحاق القبول بالإيجاب و تمتد إلى غاية التفرق بالأبدان.

يقول عبد الرزاق السنهوري: « يستخلص من استعراض المذاهب المختلفة أن الشافعي يرى أن يكون القبول فورا فهو يثبت لذلك خيار المجلس حتى يتمكن المتعاقدان من التدبّر طيلة المجلس فما فاتهما بالفورية يعوضانه بخيار المجلس ، أما أبو حنيفة فيرى جواز تراخي القبول إلى نهاية المجلس وبهذا يتسع الوقت للمتعاقدين في التدبّر، و ما فاتهما بانعدام خيار المجلس يعوضانه بتراخي القبول إذ يجوز للموجب الرجوع في الإيجاب مادام المجلس قائما و لم يصدر قبول...و أما مالك فيرى هو أيضا تراخي القبول إلى نهاية المجلس حتى يتدبر القابل و لكن لا يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه لأنه قبل

---

[1]- السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 156/13.

[2]- النووي، المجموع، مرجع سابق، 189/9.

[3]-الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 44/2.

[4]- سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 151.

[5]- النووي، المجموع، مرجع سابق، 184/9.

أن يصدر منه الإيجاب قد تدبر و متى صدر القبول لزم العقد من الجانبين و لا يثبت خيار المجلس، و أمّا احمد فيجمع بين التراخي في القبول و خيار المجلس فيعطي لكل من المتعاقدين فرصة للتدبّر... »[1].

الفرع الثالث: حدّ التفرق

ينتهي خيار المجلس عند القائلين به بالتفرق، و لكن ليس له حدّ في اللّغة فيرجع فيه إلى عرف الناس و عاداتهم[2]، و تواردت على هذا المعنى عبارات فقهاء المذاهب، حيث يقول ابن قدامة[3]: «المرجع في التفرق إلى عرف الناس و عاداتهم فيما يعدونه عرفا »[4] .

و يقول النووي[5]: « الرجوع في التفرق إلى العادة، فما عدّه الناس تفرّقا فهو تفرّق ملزم للعقد و ما لا فلا »[6]؛ و بالرغم من إحالة معنى التفرّق إلى العرف، إلا أن الفقهاء القائلين بخيار المجلس يتفقون على تفسير التفرّق بأنه تفرّق بالأبدان[7].

و قد ذكر الفقهاء و على سبيل التمثيل لا الحصر صورا واضحة للتفرق، ففي السوق و نحوه يكون التفرق بمجرد تولية أحدهما ظهره للآخر و المشي قليلا[8] ، و هي الصورة المجرّدة للتفرّق[9]، و المقصود به هو تغيير حالة التعاقد من القعود إلى القيام، أو من القيام إلى المشي، فهو إذا الانصراف

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، مصر، 20/2.

[2]- الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 45/2.

[3]- **ابن قدامة**: هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (620/541هـ) من قرى نابلس بفلسطين، خرج مع عمه بعد الاحتلال الصليبي واستقر بدمشق، من مصنفاته: المغني، الكافي، [ابن العماد، شذرات الذهب، مرجع سابق، (155/7 ما بعدها، والزركلي، الأعلام، مرجع سابق، (67/4)].

[4]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 484/4.

[5]- انظر ترجمته، ص 58.

[6]- النووي، المجموع، مرجع سابق، 192/9.

[7]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 152.

[8]- النووي، المجموع، مرجع سابق، 192/9.

[9]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص154.

عن حالة التعاقد بمفارقة صاحبه[1]؛ و إذا تأخر التفرّق عن المجلس فهل يتعيّن حصوله؟ أم أنه يحصل بأمور أخرى بديلة عنه؟.

وإذا اشتغل المتعاقدان كلاهما أو أحدهما بشيء آخر و أعرضا عن الكلام في العقد، يعتبر هذا تفرقا حكما و لو لم يتفرّقا بأبدانهما، و هو أحد وجوه التفرّق عند الشافعية[2].

و هذا الرأي يتناسب مع التطورات الحاصلة في وسائل الاتصال الحديثة، ذلك أن حقيقة الجلوس ليست مقصودة في هذا الخيار المسمى بخيار المجلس، لأن المعتبر هو الفترة الزمنية التي تعقب عملية التعاقد دون طروء التفرّق من مكان التعاقد، فالجلوس ذاته ليس معتبرا في ثبوته، و لا ترك المجلس معتبرا في انقضائه، بل العبرة للحال التي يتلبس بها العاقدان و هي الانشغال بالتعاقد[3]، و أساس التفرقة بين ما يعتبر إقبالا على العقد أو إعراضا عنه هو العرف.

المطلب الثاني: خيار المجلس في العقد الإلكتروني

بما أن المتعاقدين في العقد الإلكتروني لم يلتقيا بأبدانهما فكيف يتفرقا بأبدانهما؟ و بعبارة أخرى كيف يكون التفرّق في العقد الالكتروني؟

لقد بحث الفقهاء في زمانهم مسألة تعدّ من المسائل النادرة و تلك الصورة ما لو تناديا بالبيع عن بعد، فقد صرح الشافعية[4]، بأنه يثبت لهما خيار المجلس و يمتد ما لم يفارق مكانه، فإن فارقه ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عدّ تفرقا و بطل خيارهما جميعا.

و ذهب بعض المعاصرين[5]، إلى القول بأن هناك مانعا جوهريا من تطبيق هذه المسألة على العقد الإلكتروني، ذلك أن في التعاقد بالتنادي يرى أحدهما مغادرة الآخر لمكانه فيعلم بقاء المجلس أو

---

[1]- المرجع السابق، ص 153.

[2]- النووي، المجموع، مرجع سابق، 192/9.

[3]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود،مرجع سابق، ص119.

[4]- الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 45/2، النووي، المجموع، مرجع سابق، 181/9.

[5]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 156.

زواله له ليفسخ قبل زواله إن شاء، و ذلك متعذر في العقد الالكتروني فهل يمكن أن تكون هناك صورة بديلة للتفرّق بالأبدان في العقد الالكتروني؟

إذا تم العقد بوسائل الاتصال المباشرة، فإن مجلس العقد هو اتحاد زمن الاتصال المباشر بين المتعاقدين إلكترونيا مع الكلام في شأن العقد كما رأينا سابقا.

فالإيجاب إذا صدر من أحد المتعاقدين ووافقه قبول تم العقد، سواء كانت وسيلة الاتصال المحادثة بالهاتف بجميع أنواعه، أو عبر المواقع الإلكترونية أو أي وسيلة تحقق معنى الاتصال بينهما، ذلك أن الهاتف المرئي وسيلة حديثة لإيصال الصوت الصادر، و ليس وسيلة جديدة للتعبير.

و يستمر مجلس العقد قائما بينهما ما دام زمن الاتصال لم ينقطع، و لكل واحد من المتعاقدين الحق في فسخ العقد بعد صدور الإيجاب و القبول منهما في مجلس العقد على رأي القائلين بذلك[1]، إلا أن السؤال المطروح متى يبدأ خيار المجلس في العقد الالكتروني ومتى ينتهي؟

يختلف التفرّق في العقد الإلكتروني وفقا للوسيلة المستخدمة كالآتي:

أولا: خيار المجلس في التعاقد الإلكتروني المباشر.

في حالة الاتصال بالهاتف عبر الانترنت، فإن زمن الاتصال ينتهي بقطع المكالمة و يلزم العقد[2]، أو بقطع الاتصال بالشبكة نهائيا، لأن المجلس هنا رهن لوجود الاتصال المباشر الحي بين المتعاقدين، فيبقى المجلس به و ينفض بقطعه، و هذا يعني أن المجلس قائم ما دام الاتصال عبر المحادثة قائما، وعليه يقتضي بقاء المجلس حتى في حالة أن يكون أحد المتعاقدين قد خرج من بيته و نسي الجهاز متصلا بالانترنت، و شباك المحادثة مفتوحا مهما طالت المدّة[3].

---

[1]- سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 154.

[2]- المرجع نفسه، ص 156، أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص (192-193).

[3]- الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 249.

و أما في حالة الاتصال عبر غرف المحادثة و المشاهدة فإن المجلس ينتهي إمّا بانتهاء المكالمة أو مشاهدة ما يدل على الإعراض أو الانشغال عن العقد حتى و لو بقيت المكالمة مستمرة بينهما[1]، ويتسامح في اليسيّر عرفا؛ و لكن إذا حدث الانقطاع فجأة هل يلزم العقد و يسقط الخيار؟

تعتمد تقنيّة الاتصال الإلكتروني على مجموعة مشتركة من العوامل اللازمة لتشغيل و تسيير الحواسيب والأجهزة الإلكترونية، كالكهرباء، والاتصال الهاتفي، وكذلك تفاعل أجهزة الحواسيب مع بعضها بالبرامج المعدّة لإتمام مهامها، أو مع بعضها بترابط الشبكات المحلية والعالمية.

و إذا اعترى هذه العوامل اختلال—كانقطاع الاتصال- فإن هذه الأجهزة الإلكترونية تتوقف عن العمل، و هذه العوامل يمكن إجمالها فيما يلي:

1- حدوث انقطاع بسبب تقني لا يد للإنسان فيه: كانقطاع الكهرباء- أو انقطاع الاتصال من شركات الاتصال المزوّدة بالخدمة- أو تعطيل الأجهزة الالكترونية عن العمل و أداء مهامّها بسبب تقني.

2- حدوث انقطاع بعمل متعمّد عن علم و دراية أو ما يسمى بجرائم استخدام الحاسوب، كاختراق الحواسيب و التلاعب بالبيانات، و بث البرامج الخبيثة[2] (الفيروسات)[3].

وبفضل التقنيّة المتطورة لأجهزة الحاسوب، فإن هناك برنامجا يحفظ جميع مراحل عمليات التعاقد من التلف أو الضيّاع، و يعيد المتعاقد لآخر مرحلة حدث فيها الانقطاع، و لكن هذا الانقطاع هل يعتبر تفرّقا؟.

---

[1]- أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 194.

[2]- سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 153.

[3]- الفيروسات: هي برامج مشقّرة مصمّمة بقدرة على التكاثر و الانتشار من نظام إلى آخر، حيث تستخدم في مجال المعلوماتية بشكل عام للدلالة على كل البرامج الخبيثة التي تسبب إتلافا لأنظمة المعالجة الآلية للمعلومات، نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 192.

إذا انقطع الاتصال بشكل مفاجئ لزم العقد، لأن التفرّق عبارة عن تصرّف مادي لا يحتاج إلى نيّة من القائم به و لا إلى علم بأثره على العقد[1]، لأن الدليل الشرعي علّق الخيار على مطلق التفرّق وقد وجد[2].

وأما في حالة الاتصال عبر البريد الالكتروني، فإن التعاقد في هذه الحالة تعاقد بين غائبين بالكتابة تطبق عليه الأحكام الخاصة بها.

وخيار المجلس في التعاقد بين غائبين كتابة يبدأ من لحاق القبول بالإيجاب في مجلس وصول الكتاب[3] ولم يتعرض الفقهاء إلى امتداد خيار المجلس إلى ما بعد انقضاض مجلس وصول الكتاب أو مجلس القبول[4].

و ذهب بعض الباحثين إلى أن خيار المجلس لكل من الطرفين في الرجوع عن الإيجاب أو القبول ممتد ما دام الموجب لم يطلع على الرسالة الالكترونية التي تثبت قبول الطرف الآخر للإيجاب. فخيار المجلس ينتهي بمجرد اطلاع الموجب على القبول، لأن الكتابة لا يبدأ حكمها منذ كتابة العبارة، بل عقب وصول الكتاب و قراءته[5].

و ذهب آخرون[6] إلى أن خيار المجلس يبدأ من لحاق القبول بالإيجاب في مجلس وصول الرسالة حسب قول الفقهاء و يستمر حتى تنتهي المدّة المحدّدة، إذا كان الإيجاب مقيّد بمدّة معيّنة و هو ما يلائم العقد الإلكتروني، لأن القول الأول يؤدي إلى اضطراب العقود و عدم استقرارها.

---

[1]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 193.

[2]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 506/3.

[3]- الزيلعي ، تبيين الحقائق، مرجع سابق، 4/4، النووي، المجموع، مرجع سابق، 169/9، الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، دار الفكر للطباعة، دمشق، 1404هـ، 10/4، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 148/3..

[4]- سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 157.

[5]- الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 190.

[6]- سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 157، أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 190.

و أما إذا كانت وسيلة الاتصال شبكة المواقع، يبدأ خيار المجلس بمجرّد صدور القبول من المشتري في اللحظة التي يضغط فيها على عبارة موافق بالإجابة عن سؤال، هل أنت موافق و نحوها و يمتد ما دام الاتصال بالشبكة قائما[1]، و ينتهي بانقطاع الاتصال عبر الشبكة و لو كان بدون قصد أو بخروج القابل من الموقع[2].

لكن السؤال المطروح في هذه الحالة، هل يملك المشتري خيار المجلس بعد صدور الموافقة النهائية لأنه غالبا ما يكون قد دفع الثّمن عبر بطاقته الإئتمانية؟ و هل مجرّد التقابض في المجلس يسقط الخيار؟.

يصح عند بعض القائلين بخيار المجلس أن يسقطه كلاهما أو ينفرد أحدهما بإسقاطه[3]، و ذلك لأن موافقة المشتري الدخول في هذه الصفقة مع علمه الجازم بورود هذا الاحتمال، ينزّل منزلة التصريح بإسقاط خيار المجلس من جهته، فلا سبيل إلى منع ذلك في الصورة التي عنها نتحدث، حيث يصح بقاء الموقع البائع على خياره و حجب هذا الخيار عن المشتري بدلالة العرف الإلكتروني[4].

المطلب الثالث: خيار الشرط

يعتبر خيار الشرط أشهر الخيارات الإرادية، بل هو أشهر أنواع الخيار كافة، و لذا قد تطلق عليه كلمة (الخيار) مجرّدة من أي وصف أو أي إضافة، و قد عرف انصراف لفظ (الخيار) بحال الإطلاق إلى خيار الشرط عند كل من الحنفية و المالكية، نظرا لعدم قولهم بخيار المجلس[5]، أما عند

---

[1]- الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 361.

[2]- الحواجرة، العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص 94.

[3]- و هو مذهب الحنابلة، ووجه عند الشافعية، النووي، المجموع، 170/9، الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 44/2، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 200/3.

[4]- الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 262.

[5]- الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 409/4.

الشافعية و الحنابلة فلفظ (الخيار) يشمل كل من خياري المجلس و الشرط و لا ينصرف إلى أحدهما إلا بقرينة[1].

الفرع الأول: تعريفه و حكمه

سبق تعريف الخيار لغة، و أما الشرط: فهو بسكون الرّاء العلامة[2].

و أما خيار الشرط اصطلاحا، فقد عرّف بعدّة تعريفات منها:

1- عرّفه فقهاء الأحناف بأنه: « مركب إضافي صار علما في اصطلاح الفقهاء على: ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء و الفسخ[3]».

2- و عرفه فقهاء المالكية بأنه: «بيع وقف بته أولا على إمضاء يتوقع[4]».

3- عرفه فقهاء الشافعية بأنه: « خيار لكل من المتعاقدين أو لأحدهما على الآخر»[5].

4- و عرفه فقهاء الحنابلة بأنه: « أن يشترطا في العقد أو بعده خيار مدّة معلومة»[6].

وعرفه بعض المعاصرين بأنه: « هو التحفظ الذي يبديه أحد المتعاقدين أو كلاهما عند العقد بحيث يكون لصاحب الخيار الحق في فسخ العقد أو إجازته خلال مدة معيّنة[7]».

وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[8]، و المالكية[9]، و الشافعية[1]، و الحنابلة[2]، إلى الأخذ بخيار الشرط و اعتباره مشروعا لا ينافي العقد.

---

[1]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 3/(487، 493) .

[2]- ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الحديث، القاهرة، 260/3.

[3]- ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 567/4.

[4]- الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 409/4.

[5]- الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 46/2.

[6]- البهوتي، كشاف القناع، 202/3.

[7]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 196.

[8]- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 157/5، ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 565/4.

[9]- الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 4/ (410-411)، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 3/(91-92).

و استدلوا بأدلة منها:

أ– أما الكتاب فاستدلوا بقوله عزّ و جلّ: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**..........[3]﴾.

ووجه الدلالة أن العقود تشمل جميع أنواع الشروط و منها اشتراط الخيار في البيع[4].

ب– السنّة: استدلوا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه و سلم أنه يخدع في البيوع، فقال: «**إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ**»[5].

ووجه الدلالة أن الحديث يجوّز البيع بشرط الخيار و على جواز الخيار للمشتري وحده[6].

و قد نوقش هذا الدليل على أن ظاهر هذه الرواية لا يفيد إلا في كونها نصيحة نبوية لذلك الرجل بأن يبادر عند التعاقد إلى تحذير من يعاملهم بالابتعاد عن خديعته و التغرير به، و ليس فيها دلالة على المقصود و هو جواز شرط الخيار[7].

ج . الإجماع: يعتبر الإجماع أقوى الأدلة في إثبات خيار الشرط و لذا قال النووي:[8]« و أعلم أنه أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الاجماع، و قد نقلوا فيه الاجماع و هو كاف و الحديث المذكور يحتج به لكن في دلالته باللفظ الذي ذكرناه نظر و الله أعلم»[9].

د . من المعقول: مبدأ صحة الشروط في العقد حيث يعتبر مسنّد كاف لتصحيح خيار الشرط، فخيار الشرط ما هو في الحقيقة إلا شرط في العقد لكنه ليس من الشروط التي فيها تقييد لمقتضى العقد، بل هو شرط يراد به تعليق حكمه أو آثاره إلى حين[1].

---

[1]– الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 47/2.

[2]– ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 38/6، البهوتي، كشاف القناع، 203/3.

[3]– سورة المائدة، الآية، 01.

[4]–ابن مفلح، المبدع، مرجع سابق، 67/4.

[5]رواه البخاري في صحيحه،كِتَابُ البُيُوعِ،بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنَ الخِدَاعِ فِي البَيْعِ،رقم الحديث: [2117]، 65/3.

[6]– ابن حجر، فتح الباري، تحقيق محب الدين الخطيب، قصي محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، 338/4.

[7]– ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، 111/5.

[8]– انظر ترجمته، ص58.

[9]– النووي، المجموع، مرجع سابق، 9/(181-182).

و قد خالف ابن حزم[2] جماهير الفقهاء في صحة جواز خيار الشرط و قال : « كل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا.....فهو باطل»[3]، وهذا قول محدث لم يعرف قبله مع انتشار القول بمشروعية خيار الشرط من المذاهب المعروفة قبله[4]، و لهذا كان الاهتمام أكثر بأدلّة الإثبات لأن من نفى الخيار يرى أن لا دليل عليه، و انه ليس شرط من كتاب الله فهو باطل، وعليه كان في مناقشة أدلّة الإثبات استفاء لحججهم.

الفرع الثاني: مدّة خيار الشرط

اتفق الفقهاء على انّه لا بد من تقييد الخيار بمدّة معلومة مضبوطة، فلا يصح اشتراط خيار غير مؤقت حتى لا يكون سببا من أسباب الجهالة المفضيّة إلى النزاع[5]، و اختلفوا في تحديد مدّة الخيار إلى ثلاثة أراء.

الرأي الأول: التفويض للمتعاقدين، ومقتضى هذا الاتجاه جواز اتفاق المتعاقدين على أي مدّة مهما طالت إذا كانت معلومة و به قال الحنابلة[6]، و أبو يوسف[7]، و محمد بن الحسن[1]، من الحنفية[2]، وغيرهم[3]، و استدلوا بما يلي:

---

[1]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 203.

[2]- **ابن حزم**: هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (456/384هـ)أبو محمد عالم الأندلس في عصره، أصله من الفرس، كان فقيها حافظا من تصانيفه: المحلى الإحكام في أصول الأحكام. [الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، (254/4)].

[3]- ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 260/7.

[4]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 203.

[5]- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 174/5، النووي، المجموع، مرجع سابق، 191/9.

[6]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 38/6، ابن مفلح، المبدع، مرجع سابق، 67/4، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 203/3.

[7]- أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي أبو يوسف (182/113هـ) صاحب الإمام أبي حنيفة كان فقيها علامة من حفاظ الحديث تولى القضاء ببغداد من كتبه الخراج، الآثار، [محي الدين الحنفي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، مرجع سابق، 519/2، الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 193/8]

1- قوله عزّ و جلّ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..........﴾[4].

ووجه الدلالة أن الشروط يجب الوفاء بها كالعقود و المدّة ملحقة بالعقد، فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل[5].

2- ما رواه عمر ابن عوف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[6].

ووجه الدلالة: أن خيار الشرط حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشترطه[7].

و نوقش هذا الاستدلال بأن الخيار جاز لموضع الحاجة فجاز القليل منه، و آخر حدّ القلة ثلاث ليال بأيّامها[8]، بالإضافة لو شرط العاقدان مدّة طويلة خارجة عن العادة، و هذا مناف للعقد.

3-ومن المعقول: أنّ المدّة ملحقة بالعقد فتترك لتقدير المتعاقدين[9] .

- **الرأي الثاني**: تحديد مدّة خيار الشرط بثلاثة أيّام فما دون، مهما كان المعقود عليه و به قال أبو حنيفة[10] و الشافعية[11].

و استدلوا لقولهم بما يلي:

---

[1]- **محمد بن الحسن**: هو محمد بن الحسن بن فرقد (189/131هـ) نسبه إلى بن شيبان بالولاء، أصله من خرستا من قرى دمشق، إمام بالفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف، ولي القضاء للرشيد بالرقة من تصانيفه: الجامع الكبير، الجامع الصغير، المبسوط. [الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 4/6].

[2]- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 157/5، الزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، 14/4، ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 565/4.

[3]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 38/6.

[4]- سورة المائدة، الآية، 01.

[5]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 39/6، ابن مفلح، المبدع، مرجع سابق، 607/4.

[6]- سبق تخريجه، ص78.

[7]- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، 37/2.

[8]- الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 47/2.

[9]- السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 41/13، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 39/6.

[10]- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 157/5، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، 38/3.

[11]- الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 47/2، النووي، المجموع، مرجع سابق، 190/9.

1- استدلوا بما جاء في بعض الروايات: **وَلَك الْخِيَارُ ثَلَاثًا**[1] ؛ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه و و سلم جعل لأحد الصحابة الخيار ثلاثا، إذا غبن في البيع، ووجب التقيّد بما جاء به النبي صلى الله عليه و سلم[2].

2- من المعقول: أن خيار الشرط إنما شرع للحاجة للتروي و لدفع الغبن و قد تمس الحاجة للأكثر، و لكن لم يتعيّن اشتراط الأكثر طريقا، لأنه إن كان بإمكانه أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة إلى شرط الخيار أصلا، لأن خيار الرؤية ثابت و لو تأخر رؤيته سنة، و إن كان للتروي في أمرها هل تساوي الثمن المذكور أو لا، أو هي منتفع بها على الكمال أولا و إن لم يرها فهذا لا يتوقف على أكثر من ثلاثة، لأنه يعرف بالسؤال و المراجعة للناس العارفين، و ذلك يحصل في مدة الثلاث[3].

- الرأي الثالث: التفويض للمتعاقدين في حدود المعتاد، حيث تتحدد مدّة الخيار بقدر الحاجة، فلكل بيع مدّة تناسبه، نظرا لاختلاف المبيعات و هو قول المالكية[4].

واستدلوا: بأنّه مادام أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع، وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان ومكان المبيع، و ذلك يختلف من مبيع إلى مبيع، ففي العقار أقصى مدّة الخيار شهرا أو ستة أيام وفي الرقيق عشرة أيّام، و في العروض كالثياب و نحوها فأمد الخيار فيها خمسة أيام، و الدواب بين يومين و خمسة أيّام على تفصيل[5].

---

[1]- وَفِي رِوَايَةٍ قُلْ لَا خِلَابَةَ وَاشْتَرِطْ الْخِيَارَ ثَلَاثًا قَالَ الرَّافِعِيُّ وَهَذِهِ الرِّوَايَاتُ كُلُّهَا فِي كُتُبِ الْفِقْهِ وَلَيْسَ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ الْمَشْهُورَةِ سِوَى قَوْلِهِ لَا خِلَابَةَ انْتَهَى،ابن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، ط1، 1989م، 54/3.

[2]- سلطان الهاشمي، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 112/5.

[3]- ابن الهمام، فتح القدير،مرجع سابق، ص 162.

[4]- الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 4/(410-411)، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 3/(91-92). 92).

[5]- الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 4/ 410، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 3/ 91.

و الأظهر أن أرجع الأقوال قول المالكية، ذلك أن المعتبر هو الحاجة و العرف، و هذا يعطي مرونة حيث تزيد المدة و تنقص بتغير العرف و الحاجة، و هو يتناسب مع العقود الالكترونية، وبالأخص إذا كان هذا التفويض المقيّد بهذه المدّة بشأن خيار المشتري، لأن هذه المدّة للتمكين من الاختيار، والمشتري هو الذي يتصوّر منه الاختيار، أما في خيار البائع فالمدة القصوى هي ثلاثة أيّام مطلقا مهما كان نوع المبيع، لأن الحاجة للتروي في البائع مقتصرة على الثمن[1]، و هو في حال العقود الالكترونية يكون مدروسا بعناية من طرف خبراء في التسويق.

الفرع الثالث: خيار الشرط في العقد الإلكتروني

سنحاول أن نتكلم عن بعض المسائل المتعلقة بخيار الشرط و تطبيقاتها في العقد الالكتروني، حيث يمكن لخيار الشرط في العقد الإلكتروني أن يبرز في الصور الآتية:

1- أن ينص صراحة على اشتراط خيار الشرط التي تبرم عبر الوسائط الالكترونية وذلك باتفاق الطرفين وسواء كان الخيار لهما جميعا أو لأحدهما أو لأجنبي.

و لكن هل يتطلب خيار الشرط صيغة معيّنة لثبوته؟، ذلك أن خيار الشرط يكون في العقد الالكتروني بالضغط على أيقونة القبول أو عبارة " هل أنت موافق".

لا يتطلب خيار الشرط لثبوته صيغة معيّنة، فكما يحصل بلفظ اشتراط (الخيار) يحصل بكل لفظ يدل على ذلك المراد، ومن ذلك التواطؤ على ألفاظ أو تعابير بأنها يتولد عنها الخيار، سواء كان ارتباط هذه التعابير بنشوء الخيار منبعثا عن الاستعمال الشرعي مباشرة، أو العرف، فمما اعتبر من الألفاظ المتواطأ على أنها يراد بها الخيار، تبعا للاستعمال الشرعي عبارة (**لا خلابة**)[2] شريطة علم المتعاقدين بمعاني هذه الألفاظ.

---

[1] - الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 4/ 412 الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 3/ 92.

[2] -أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص (213-214).

و مما يدل على مرونة الصيغة لاشتراط الخيار نورد ما ذكره الزرقاني[1]: « لو جرت العادة باشتراطه (أي خيار الشرط) كان خيارا لأنها – أي العادة – كالشرط صراحة »[2].

فإذا تعارف الناس على ثبوت الخيار في بيع سلعة من السلع ثبت الخيار فيها بلا شرط[3]، وهذا الذي عليه الحال في العقد الالكتروني، هذا بالإضافة إلى أن خيار الشرط في العقد الالكتروني يكون سابقا للعقد، فهل الخيار جائز في هذه الحال؟ مع العلم أنّه لا بدّ من مقارنة خيار الشرط للعقد، حيث يحصل اشتراط الخيار مع ولادة العقد أو لاحقا بها،لا أن يسبق اشتراط العقد: فلا يصحّ اشتراط الخيار قبل إجراء العقد، إذ الخيار كالصفة للعقد فلا يذكر قبل الموصوف[4].

و لكن من الزيدية[5] من ذهب إلى أن الاشتراط السابق للعقد كالمشروط حال البيع ورجح بعض المعاصرين[6] هذا القول إعمالا للعرف في مجال اعتباره، بالإضافة إلى أن تشبيه الخيار بالصفة ليس وجيها، فيبقى كما هو صريح اسمه شرطا،و الشرط يتقدم أو يتأخر، بعد وضوح تعليق المشروط عليه، و حكم العقد معلق على شرط الإجازة المرتكزة على خيار الشرط.

2- البيع بشرط التجربة: حيث تسمح بعض المواقع الالكترونية بتجربة المبيع قبل شرائه و تمكّن المشتري من تحميل البرنامج، إذا كان المبيع سلعة إلكترونية، على جهاز المشتري لمدّة معيّنة[7].

وهناك مواقع تقدم خدمة بتجربة المبيع قبل شرائه.

---

[1]- **الزرقاني**: عبد الباقي بن أحمد الزرقاني، فقيه مالكي ولد ومات بمصر من كتبه شرح مختصر خليل، شرح العزية (1020/1099 هـ)، [الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 272/3، الحموي الدمشقي، محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، دار صادر، بيروت، 287/2].

[2]- التسولي، علي بن عبد السلام أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمي، بيروت، ط1، 1998، 97/2.

[3]- مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ط10، 1985، ص 598.

[4]- النووي، المجموع، مرجع سابق 194/9، نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، 40/3.

[5]- أحمد بن يحي بن المرتضى، البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1975، 247/3.

[6]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 217.

[7]- سلطان الهاشمي،التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 166.

أما إذا كانت السلع عينية فإن البائع يسمح للمشتري بتجربتها لمدّة متفق عليها بين الطرفين، والعينات المقدمة في البيع بشرط التجربة، إمّا أن تكون مجانية، و هي في حكم الهبة لأنها تقدم للعملاء دون مقابل، وإمّا أن تكون التجربة مشروطة بمدّة معيّنة وتطبق عليها أحكام خيار الشّرط[1]، حيث أجاز الفقهاء تجربة محل الخيار كالدابة لا يعرف سيرها إلا بالركوب، و لبس الثوب لمعرفة طوله أو قصره أو عرضه، فلا يبطل به الخيار[2].

ولكن في حالة البيع بشرط التجربة، قد تتعرض المنتجات للتلف فمن يتحمل مسؤولية هذا الأخطار طيلة فترة تجربة المبيع؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

1. ذهب المالكية[3] إلى القول بأن الضمان على البائع، لأن المبيع في مدّة الخيار لا يزال على ملك البائع لم ينتقل، إذ الأملاك لا تنتقل إلا بالرضا، و الخيار ينافي تمام الرّضا، فعقد الخيار عقد منحلّ وإمضاؤه بعد ذلك نقل جديد للملكية و ليس تقريرا للعقد الأول.

2- ذهب الحنابلة[4] إلى أن تلف المبيع في مدّة الخيار على المشتري، لأن الملك في العقد المقترن بخيار الشرط ينتقل إلى المشتري بالعقد نفسه، و إمضاؤه تقرير للعقد السابق بملكية المشتري.

وقد نبه ابن رشد[5] إلى سبب الخلاف، و هو أن الخيار مشترط لإيقاع الفسخ في البيع أو لتتميم لتتميم البيع؟ فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع، و إن قلنا لتتميمه فهو في ضمانه[1].و

1- المرجع نفسه، ص (166-167).

2- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 270/5.

3- الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 103/3.

4- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 153/6، ابن رجب، القواعد، دار المعرفة، بيروت، ص 377.

5- **ابن رشد**: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد ولد بقرطبة (520-595 هـ)، تولى القضاء بإشبيلية ثم في قرطبة له مؤلفات منها: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تهافت التهافت[الذهبي، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1997، ص 196، ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق: المأمون بن محي الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996 ص 378، 379].

هذا له صلة بما قرره المالكية في هذه المسألة، و أنها تدور على التساؤل الآتي، هل بيع الخيار منحل أو منعقد؟ فإذا كان منحل فالملك للبائع لم ينتقل و الإمضاء اللاحق بعدئذ ناقل للملك لا مقرر له، و أما إذا كان منعقد، فهو على ملك المشتري، و الإمضاء تقرير لا نقل[2].

و قد جرى العرف في العقد الإلكتروني على إعفاء المشتري من مسؤولية الإخطار التي تتعرض لها المنتجات طيلة فترة تجربة المبيع، مع استثناء حالات سوء الاستعمال التي يتحملها المشتري[3].

والمعلوم في العقد الإلكتروني أن الثمن يدفع ابتداء قبل إتمام الصفقة، فما أثر خيار الشرط على تسليم البدلين؟[4].

اتفق الفقهاء على أنّه لا يجب تسليم البدلين في مدّة الخيار في حال الإطلاق و عدم اشتراط التسليم، فليس بواجب على البائع تسليم المبيع ابتداء و لا يجب على المشتري تسليم الثمن ابتداء لاحتمال الفسخ ما لم تمض مدّة الخيار، أو يسقط صاحب الخيار خياره؛ وأما إذا كان التسليم للثمن أو المبيع اختيارا أو طواعية لا يبطل الخيار عند الجمهور[5] مع استثناءات عند المالكية[6].

وأما إذا وقع تسليم المبيع والثمن بشرط فأجازه الشافعية[7] و الحنابلة[8]، و أما المالكية[1] فأجازوه في غير المثلي إذا كان بغرض اختبار المبيع و النظر في صلاحه للمشتري و حاجته إليه، وذلك لابد فيه من معاينة، و أما إذا كان بغرض المشورة و التروي في الثمن فغير جائز مثل المبيع المثلي.

---

[1]- ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 211/2.

[2]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 103/3.

[3]- ناصر محمد عباس، الوسائل الالكترونية ودورها في عقد البيع، مرجع سابق، ص 394.

[4]- ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، 499/5، نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، 42/3، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 15/6.

[5]- النووي، المجموع، مرجع سابق 9/(221-223)، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 54/6.

[6]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 103/3، الغرياني، صادق عبد الرحمان علي، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الرّيان، بيروت، 2006، 3/(322-323).

[7]- النووي، المجموع، مرجع سابق 9/ 221.

[8]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 518/3، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 210/3.

وإذا اشترط البائع نقد الثمن مقدما و هو ما عليه الحال في العقد الالكتروني فقد نصّ المالكية[2] على المنع والعلة فيه تردد العقد عندهم حينئذ بين السلفية (في السلف) والثمنية (في البيع)، تبعا لفخ العقد وإمضائه لأن اشتراط النقد يجعل الثمن مترددا بين السلفية إذا لم يتم البيع والثمينة إذا تمّ البيع و هو ممنوع للغرر بعدم معرفة ما يؤول إليه الحال.

و على أيّ حال فإن العلّة في منع تسليم المبيع إذا كانت السلعة من المثليات عند المالكية هي إمكانية استبدالها بغيرها، و يترتب على ذلك احتمال وقوع البيع على غير السلعة المتفق عليها وهذا غير ممكن في العقد الالكتروني لأن السلعة غالبا تكون مختومة و مطبوعا عليها بحيث يؤمن تغييرها و هذا قول بعض المعاصرين[3].

و أما منع اشتراط نقد الثمن مقدما، فذهب ابن رشد[4] إلى تضعيفه[5]، و ذلك لأن المتعاقدين تجاه بيع فيه خيار، و النقد في البيع حكم من أحكامه فجاز في مدّة الخيار، و لا ينحسر إلا بدليل[6].

---

[1]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 95/3.

[2]- المرجع نفسه، 96/3، الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مرجع سابق، ص 318.

[3]- المرجع نفسه، ص 319.

[4]- انظر ترجمته، ص171.

[5]- ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 210/2.

[6]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 294.

المبحث الثاني: خيارات النقيصة

المراد بخيارات النقيصة، تلك الخيارات التي يستدرك بها ما لحق من نقص بالمعقود عليه سواء وجب بفقد شرط و المقصود به خيار خلف الصفة، أو وجب بظهور عيب في المبيع و يقصد به خيار العيب، و عليه سنتناول هذا المبحث كالآتي:

المطلب الأول: خيار العيب

إضافة الخيار إلى العيب من باب إضافة الشيء إلى سببه، وهو الغالب في تسميّة الخيارات، فالعيب هو السبب في ثبوت الخيار.

الفرع الأول: تعريف خيار العيب و حكمه

أمّا كلمة خيار فقد سبق بيان معناها، و أمّا العيب **لغة:** مصدر مأخوذ من الفعل الثلاثي عاب، وعيب الشيء و الحائط عيبا صار ذا عيب، و العيب: الوصمة أي النقص[1].

و أمّا اصطلاحا: فعرف الفقهاء خيار العيب بعدّة تعاريف منها:

1- عرّف فقهاء الحنفية خيار العيب بأنه: « ما أوجب نقصان ا لثمن عند التجّار»[2].
أو هو ما ينقص الثمن الذي اشتري به[3]، أو هو ما يخلوا عنه أصل الفطرة السليمة[4].

2- و عرّف فقهاء المالكية خيار العيب بأنّه: « لقب لتمكين المبتاع من ردّ معيبه على بائعه، لنقصه عن حالة بيع عليها، غير قلّة كمية، قبل ضمانه مبتاعه»[5]، أو هو« ما ينقص الثمن أو المبيع أو التصرف أو تخاف عاقبته، كعور المبيع، و قطع و لو أنملة منه... »[6].

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مادة (عيب)، 633/1، الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 194.

[2]- السمر قندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، 93/2، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 38/6.

[3]- ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 4/5.

[4]- الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 427/4.

[5]- الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 427/4، الخرشي، شرح الخرشي، مرجع سابق، 125/5.

[6]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 108/3.

3- و ذكر الشافعية تعاريف له منها: « هوكل عيب ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح، إذا غلب في جنس المبيع عدمه»[1].

4- و عرفه فقهاء الحنابلة بأنّه: « هي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار».[2]

أو هو: ما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبا[3].

و الملاحظ لهذه التعاريف يجد أن هناك إتجاهين في تعريف خيار العيب، حيث اعتمد بعضهم معيارا ماديّا يعرّف العيب من خلاله بأنه ما يجب نقصا في القيمة و الثمن، و البعض له معيار شخصي يعرف العيب بفوات جزء من المنفعة أو الغرض الذي يريده المشتري من السلعة، فكل ما أخلّ بالغرض فهو عيب، و قد جمع النووي[4] بين المعيارين فعرّفه بقوله: « هو ما نقصت به المالية أو الرغبة أو العيب»[5].

حكمه: اتفق الفقهاء[6] على ثبوت خيار العيب للمشتري متى وجد بالمبيع عيبا، و لم يكن عالما به،فله الخيار بين الإمساك و الفسخ، و استدلوا على ذلك بأدلّة منها:

1- أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: «....**وَلاَ تُصَرُّوا الغَنَمَ، وَمَنِ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ**».[7]

---

[1]- الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 51/2.

[2]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 235/6.

[3]- المرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، 405/4.

[4]-انظر ترجمته، ص 58.

[5]- النووي، تهذيب الاسماء و اللغات، دار الكتب العلمية، بيروت، 53/2.

[6]- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 274/5، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 105/3، الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 50/2، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 235/6، المرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، 405/4، و قد خالف في ذلك ابن حزم، أنظر ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 41/9.

[7]-رواه البخاري في صحيحه، كِتَابُ البُيُوعِ، بَابُ النَّهْيِ لِلْبَائِعِ أَنْ لاَ يُحَفِّلَ الإِبِلَ،وَالبَقَرَ وَالغَنَمَ وَكُلَّ مُحَفَّلَةٍ، رقم الحديث: [2150]، 71/3.

ووجه الدلالة: إثبات النبي صلى الله عليه و سلم الخيار بالتصرية بين الإمساك و الردّ، تنبيه على ثبوته بالعيب[1].

2- و عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا ابتاع غلاما، فلما أقام عنده مدّة من الزمن وجد به عيبا فأراد أن يردّه إلى من اشتراه منه فأبى الآخر، فحكم رسول الله صلى ا لله عليه و سلم برد الغلام على مالكه الأول فقال البائع: لقد استغل غلامي يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ** ».[2]

3- قياس الخيار بالعيب على الخيار في المصراة و الجامع بينهما عدم حصول المبيع السليم لأنه بذل الثمن ليسلّم له مبيعا سليما و لم يحصل له ذلك[3]، و في إثبات الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب[4].

---

[1]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 225/6.

[2]-رواه أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط1: 2001م،رقم الحديث: [24224]، 272/40. وابن ماجة في سننه، كِتَابُ التِّجَارَاتِ، بَابُ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ، رقم الحديث: [2243]، 754/2. وأبو داود في سننه، كِتَاب الْبُيُوعِ، بَابٌ فِيمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَاسْتَعْمَلَهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا، رقم الحديث: [3508]، 284/3. والترمذي في سننه،بَابُ مَا جَاءَ فِيمَنْ يَشْتَرِي العَبْدَ وَيَسْتَغِلُّهُ ثُمَّ يَجِدُ بِهِ عَيْبًا، رقم الحديث: [1285]، 573/3.النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط1: 2001م، كِتَابُ الْبُيُوعِ، باب الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ، رقم الحديث: [6037]، 18/6. وابن حبان في صحيحه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ خِيَارِ الْعَيْبِ، رقم الحديث: [4927]، 298/11. والدار قطني في سننه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، رقم الحديث: [3005]، 5/4. والحاكم في مستدركه،كِتَابُ الْبُيُوعِ، رقم الحديث: [2178]، 18/2. والبيهقي في سننه،كتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ الْمُشْتَرِي يَجِدُ بِمَا اشْتَرَاهُ عَيْبًا وَقَدِ اسْتَغَلَّهُ زَمَانًا، رقم الحديث: [10738]، 524/5.

[3]- السبكي ، أبو نصر تاج الدين،تكملة المجموع،دار الفكر ،بيروت، 12/(116، 117).

[4]- ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، 109/4، و هو مذهب الكاساني الحنفي بالرغم من ان الأحناف لم يأخذوا بحديث المصرّاة المصرّاة و خياره، كما لم يعتبروا التصرّية عيبا، الكاساني، مرجع سابق، 274/5.

4- أن الأصل في العقد هو سلامة المعقود عليه من العيب، و أنّ العادة تقتضي انصراف القصد إلى المبيع السالم، و هو الغالب فصار كالمشروط، فله الخيار عند فوات سلامة المبيع لفوات بعض مقتضى العقد[1].

الفرع الثاني: ضابط العيب و شروطه

لقد اهتم الفقهاء بذكر ضابط العيب حتى طغى على اعتنائهم بالتعريف، فما هو ضابط العيب عند الفقهاء؟

يستخلص من التعاريف الاصطلاحية المذكورة سابقا[2] أن المسبّب للخيار هو ظهور عيب معتبر، والمراد بكونه معتبرا، أن يكون عيبا بالمعنى الاصطلاحي، أي المصطلح عليه فقها- لا مطلق العيب لغة – و ذلك لا يتمّ إلا بأن بتحقق فيه ضابط العيب القائم على أمرين هما:

1- الوجود الحسي للعيب: و هو ظهور العيب فعلا و بروزه و انكشافه بعد ما كان خافيا عن المشتري و البائع معا.

2- الوجود الاعتباري: و هو الركن المقوّم، حيث أنّ العيب قد يحكم بكونه عيبا لغة أو شخصيا بحسب ما يتخيّل المشتري، و لكنه لا يعتبر عيبا في اصطلاح الفقهاء المبني على عرف أهل الخبرة[3].

و لبيان هذين الأمرين لا بدّ من شرح الضابط الذي وضعه الفقهاء و المشتمل على هذين العنصرين:

ضابط العيب عند الأحناف[4]، هو كل ما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة سواء أنقص العين أو لم ينقصها، و ضابطه عند الشافعية[1]هو نقصان القيمة نقصانا يفوت به غرض صحيح، شريطه أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه.

1- السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 105/19، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 274/5، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 109/4.

2- راجع ص 18، من هذه المذكرة، المبحث الثاني من الفصل الأول (تعريف خيار العيب).

3- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص (365، 366).

4- ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 74/4، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 153/5.

و اشتراط فوات غرض صحيح هو الاحتراز عن النقص اليسير، و هو قيد متعلق بنقص العين، كما يمكن تقييد نقص القيمة احترازا من نقص يسير يتغابن بمثله[2].

و يرى الحنابلة[3] أن نقص العين و حده كاف و لو لم تنقص به القيمة بل زادت، و بالمقابل أن من العيب نقص القيمة عادة في عرف التجار و إن لم تنقص عينه، على أن تكون تلك نقيصة يقتض العرف سلامة المبيع عنها غالبا، لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما وجب نقصا فيها يكون عيبا.

و الملاحظ أن عبارات الفقهاء تدور حول ثلاثة أمور فيما يتعلق بضابط العيب و هي:

- نقصان القيمة، و فوات غرض صحيح، و سلامة أمثال المبيع من العيب، و من الممكن الأخذ بها كلها شريطة التعويل على نقص القيمة[4]

و به قال الشافعية[5] و هو < ما نقص القيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح و يغلب على أمثاله عدمه>.

- أما المرجع في كون العيب مؤثرا (أي مؤديا إلى نقصان القيمة، و كون الأصل في جنس المبيع عدمه) فيعود إلى أصل الخبرة في كل شيء بحسبه، غير أن المراد بالرجوع إلى أهل الخبرة الرجوع إلى العرف و هو عرف خاص متنوّع و متجدد بحسب الزمن و المكان و البلدان[6].

ثانيا: شروط ثبوت خيار العيب

لا بد لقيام خيار العيب من تحقق عدد من الشروط ليكون مستوجبا حكمه و هي:

---

[1]- السبكي، تكملة المجموع، مرجع سابق، 340/12.

[2]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 368.

[3]- البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 215/3، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 115/4.

[4]- أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 380.

[5]- السبكي، تكملة المجموع،مرجع سابق، 340/12.

[6]- أبو غدة،الخيار واثره في العقود، مرجع سابق، ص 392.

1- ظهور عيب معتبر أي بروزه و انكشافه بعد ما كان خافيا عن المشتري، فلا حكم للعيب قبل الظهور، لأن المفترض أنه خفي و مجهول للمشتري فكأن المبيع كان سالما – في نظره – حتى وجد فيه عيبا[1].

2- عدم علم العاقد بالعيب عند العقد أو بعده عند القبض، و أن يكون العيب باقيا بعد التسليم ومستمرّا حتى الرّد[2]، لأن الرّد إنما هو للعيب و سببه، ذلك لأن خيار العيب إنما للعيوب الخفية التي لا تدرك بالنظر و لا يعرفها إلا الخبراء و المختصّون، أو التي تحتاج إلى التجربة، أمّا لو كان العيب بارزا لا يخفى عند الرؤية غالبا فيعتبر المتعاقد عالما به.

3- أن لا يشترط البائع البراءة من كل عيب، فإذا أبرأه المشتري يكون قد اسقط حقّه في الخيار، حيث يسمى بيع البراءة و للفقهاء في هذه المسألة أقوال عديدة.

وقد ذهب الأحناف[3] إلى الجواز مطلقا سواء كان العيب معلوما للبائع أم لا؟، و أما المالكية[4] – في المعتمد – فالبائع يبرأ من كل العيوب التي لا يعلمها.

و ذهب الشافعية[5] إلى صحة البراءة في العيوب الخفيّة المتعلقة بالحيوان مما لا يعلمه البائع فقط دون سائر العيوب الأخرى الظاهرة أو الباطنة؛ و للحنابلة ثلاثة أقوال منها عدم الجواز.[6]

و خلاف الفقهاء في هذه المسألة يدور حول صحة الإبراء عن المجهول و عدم صحته، و هذا بدوره متوقف على تكييف الإبراء هل هو تمليك أم إسقاط؟، و المعروف أن التمليك لا بدّ فيه من

---

[1]- المرجع نفسه، ص 364.

[2]- السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 98/13، الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 276/5، الدسوقي،حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 121/3، النووي، المجموع، مرجع سابق، 203/9، ابن مفلح،المبدع، مرجع سابق، 109/7.

[3]- الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 173/5، ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 165/5.

[4]- ابن جزي،القوانين الفقهية، مرجع سابق 175/1، و لهم قول ثان هو يصح اشتراط البراءة من العيوب في الرقيق و لا يصح في غيره، الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 60/3، ابن جزي، القوانين الفقهية،مرجع سابق، 175/1.

[5]- النووي، المجموع، مرجع سابق، 355/12.

[6]- ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 3551/12

العلم بالمملوك فلا يصح تمليك المجهول، و قد غلب من قال بالجواز من الفقهاء جانب الإسقاط لأنه لا يحتاج إلى قبول فلا بدل له يتنازل عنه في مقابل بدل صاحبه وأما المانعون من الفقهاء فقد غلبوا جانب التمليك حيث يتعاكس فيه البدلان لأن كلا المتعاقدين يتنازل عن ملكه في بدله للآخر فاحتيج لخروجه عن ملكه قبولا[1].

و يمكن إجازة هذا الشرط على كلا الاعتبارين إسقاط أو تمليك في العيوب التي لا يعلمها البائع دون علمه سواء كان المبيع حيوانا أو غيره، لأن الحاجة و المصلحة تدعوان إليه، و هذا شرط لا يؤدي إلى نزاع و لا يمنع من التسليم و يؤدي إلى استقرار المعاملات.

الفرع الثالث: موجب خيار العيب ووقت ثبوته.

إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع و تحققت له الشروط المذكورة لقيام خيار العيب، فما موجب الخيار الثابت له؟.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[2]، و المالكية[3]، و الشافعية[4] إلى أنّ المشتري إذا وجد المبيع معيبا يخيّر بين أمرين هما الرّد أو الإمساك بجميع الثمن و بعبارة أخرى أن يخيّر بين أن يفسخ العقد و يردّ المبيع المعيب و يستردّ الثمن، أو أن يمضي العقد و يمسك المبيع المعيب بجميع الثمن دون الرجوع على البائع بالأرش[5] و استدلوا لقولهم هذا بان الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرّد العقد فليس له أن يأخذ في مقابل فواته شيئا و هذا لأن الثمن عين فيقابله مثله، و الوصف دون ذلك فإنه عرض و لا يقابله شيء من الثمن إلاّ إذا قصده بالتناول[6].

---

[1]- محمد محمود أبو ليل، البيع بشرط البراءة إلى العيب في الفقه الإسلامي و القانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2014، ص (290، 291).

[2]- الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 167/7.

[3]- ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 180/2، ابن جزي، القوانين الفقهية،مرجع سابق، ص 176.

[4]- الشربيني، مغني المحتاج،مرجع سابق، 52/2، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 140/3.

[5]- الأرش: ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1982، 1982، ص 19.

[6]- العيني،أبومحمدمحمودبن احمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، ط1، 1990، 152/5.

كما أن المشتري لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلا يجبر على إمساك مبيع معيب ببعض الثمن،[1] و ذهب الحنابلة[2] إلى أن من اشترى مبيعا معيبا و لم يعلم عيبه، ثم علم به فله الخيار بين الرّد و أخذ الثمن، أو الإمساك مع الأرش، استدلوا لقولهم،بأنه فات على المشتري جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه، لأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوّض، ومع العيب فات جزء منه فيجر ببدله و هو الأرش[3].

و الملاحظ أن سبب الخلاف النظر إلى العيب هل هو نقص أصل أو نقص وصف؟، فعند الأحناف و المالكية و الشافعية هو نقص وصف و لذا يخيّر بين الرّد و الإمساك بدون شيء، و عند الحنابلة هو نقص أصل و لذا يخيّر بين الرّد و الإمساك مع الأرش[4].

و الظاهر رجحان رأي الجمهور لأن المشتري دفع الثمن ليستلم مبيعا سليما من العيوب، و لم يتحقق ذلك فيرد المبيع و يأخذ الثمن و هذا هو العدل[5] و لأن تحميل البائع أرش العيب دون رضاه فيه ظلم له لأنه لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمّى، و أخذ قيمة النقصان و إخراج للمبيع عن ملك البائع بأقل مما رضيه؛ بالإضافة إلى أنه يمكن اتخاذ مسألة عيب القيمة طريقا للإسترباح، حيث تجد المشتري بعد الشراء يفتش عن العيوب ليحط له بذلك شيء من الثمن مع رضاه بالمبيع[6].

و لكن السؤال المطروح هل يجب الرّد بالعيب على الفور بمجرد ظهور العيب أم على التراضي؟

---

[1]- الشيرازي، المهذب،مرجع سابق، 165/12.

[2]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 258/4، 259، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 1447/2.

[3]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 109/4.

[4]- الشماخي، عامر بن علي،الإيضاح، دار الفتح، بيروت،ط2، 442/3.

[5]- أبو العز،التجارة الالكترونية واحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 227.

[6]- الحطاب،مواهب الجليل، مرجع سابق، 4/(435، 436).

اختلف الفقهاء في وقت ثبوت خيار العيب هل هو على الفور، فمتى وجد عيبا بالمبيع ردّه على البائع و إلا سقط حقه في الردّ، أو هو على التراخي، فمن علم بالعيب و أخّر الردّ لم يبطل خياره بالتأخير؟.

للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء:

– **الرأي الأول**: يثبت خيار البيع على التراخي، فمن علم بالعيب و أخّر الرّد لم يبطل خياره، وله أن يستعمله في أي وقت شاء طال الوقت أو قصر ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا بالعيب وبه قال الحنفية[1] و المذهب عند فقهاء الحنابلة[2].

و استدلوا بأن خيار العيب، خيار شرع لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص[3].

– **الرأي الثاني**: يثبت خيار العيب على الفور،فمن علم العيب و أخّر الرّد بطل خياره و به قال فقهاء الشافعية[4] و رواية عند الحنابلة[5] و مرادهم من الفورية، الزمن الذي يمكن فيه الفسخ بحسب العادة و دليلهم على ذلك أن الأصل في البيع اللزوم ثم يثبت خيار العيب و الضرر المشروع لأجله الخيار يندفع بالمبادرة فالتأخير تقصير،فيجري عليه حكم اللزوم على الفور كالشفعة[6].

– **الرأي الثالث**: يثبت خيار العيب على التراخي و لكن لمدّة يسيرة تقدر بيومين فقط، فإن طلب الرّد بعد أكثر من يومين لا يجاب و لو مع اليمين إلا أن يكون سكوته لغدر، فيرد المبيع و إن طالت

---

[1]– ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 6/(41-71)، ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 5/5.

[2]– ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 226/6، المرداوي،الإنصاف، مرجع سابق، 426/4، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 224/3.

[3]– ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 226/6

[4]– الشيرازي، المهذب،مرجع سابق، 284/1، الشربيني، مغني المحتاج،مرجع سابق، 56/2.

[5]– ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 226/6، المرداوي،الإنصاف، مرجع سابق، 426/4.

[6]– الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 56/2.

المدة و به قال المالكية[1]، ودليلهم بأن السكوت بعد الاطلاع على العيب أكثر من يومين بلا عذر من المشتري دليل على الرضا بالمبيع[2].

و الذي يناسب العقود الإلكترونية هو ما ذهب إليه المالكية من الإمهال في أجل الخيار يوما أو يومين، لأن القول بالفورية فيه عسر على صاحب الخيار، و القول بالتراخي بدون حدود مضر بالمالك، و بالخصوص إذا كان خيار العيب ليس مقارنة بين الفسخ و الإمضاء بل فيه تخيير بين الرّد أو الإمساك مع نقصان العيب و ذلك يحتاج إلى وقت للمفاضلة و النظر، و اليوم أو اليومان ظرف كاف لذلك[3].

المطلب الثاني: خيار العيب في العقد الإلكتروني

لقد سبق و بيّنا العيوب الموجبة للخيار، وهي كل ما أوجب نقصان القيمة و الثمن في عادة التجار و فوات غرض صحيح للمشتري (المنفعة)، فإذا ظهر عيب في السلعة سواء كانت هذه العيوب ظاهرة أو خفية ثبت للمشتري خيار العيب بين الإمساك مع الأرش، أو الرّد و أخذ الثمن .

و مع التطور المتسارع في مقتنيات العصر الحديثة، أفرز هذا الواقع ظهور العديد من السلع التي تتميز بدقّة صناعتها و سرعة تعرضها للخلل مع صعوبة استعمالها، حيث يصعب على المشتري العادي أن يحيط علما بأوجه استخداماتها المتعددة، فيقدم على شرائها دون معرفة وافية بماهية هذه السلع نظرا لما تتصف به من صعوبة في التركيب، هذا الحال أدى إلى ظهور ما يسمى بالضمان الترغيبي أو خدمات ما بعد البيع، حيث يلتزم البائع اتجاه المشتري بسلامة السلعة من العيوب وصلاحيتها للعمل خلال مدّة معيّنة[4]و بموجب هذا الضمان يتعهد البائع بإصلاح الخلل المصنعي والفني الطارئ على المبيع أو تبديل غيره إذا لزم الأمر ذلك،و يتم هذا الضمان عادة عن طريق قسيمة يحدد فيها ما يشمله الضمان ومدّة هذا الضمان.

---

[1]- الدسوقي،حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 121/3.

2- محمد صادق بازرعة، إدارة التسويق، دار النهضة العربية، القاهرة، ط8، 1988، ص 295.

3- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع لمدة معيّنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 17

[4]- محمد صادق بازرعة، إدارة التسويق، دار النهضة العربية، القاهرة، ط8، 1988، ص 295.

و يغطي هذا الضمان كل أنواع الخلل التي تصيب المبيع مهما كانت يسيرة مادامت مؤثرة في صلاحيته للعمل، فالصلاحية للعمل هي المعيار الذي يمكن من خلاله الحكم على وجود الخلل من عدمه، و المقصود بالصلاحية للعمل هي أداء الجهاز للوظيفة المرجوة منه بكل جوانبها الضروري منها و الكمالي[1].

و يلتزم البائع بموجب هذا الضمان بإصلاح العيب الموجود في المبيع، حتى و لو كان هذا العيب جديدا غير مستند إلى سبب سابق للقبض، و لذا لا يلزم المشتري إقامة الدليل على سبق العيب التسليم و إنما يقع على البائع- إن ادعى عدم مسئوليته عن ضمان العيب – أن يثبت أن الخلل راجع إلى خطإ المشتري، كسوء تشغيل الجهاز و غيرها[2].

و يتمثل ضمان المبيع في خدمات ما بعد البيع في الأنواع الآتية:

الفرع الأول: ضمان أداء المبيع و صلاحيته

يعطي هذا النوع من الضمان أداء السلعة و صلاحيتها للعمل من خلال فترة معيّنة من تاريخ شرائها كستة أشهر أو حتى مسافات معيّنة كستة آلاف ميل، بحيث إذا صلحت السلعة خلال هذه المدة أو المسافة غلب على الظّن صلاحها بعد ذلك[3].

و يمكن أن يخرّج هذا النوع من الضمان بالنظر إلى أقوال الفقهاء على أحد هذين التخريجين:

أولا: أنه يعتبر من ضمان العيب الحادث عند المشتري، و المستند إلى سبب سابق على القبض، واختلف أهل العلم في العيب الحادث بعد قبض المشتري، إذا كان يستند إلى سبب سابق على القبض هل هو من ضمان المشتري أو من ضمان البائع؟ على قولين:

---

[1]- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع لمدة معيّنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 17.

[2]- جابر محجوب علي، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، بيروت، ص 317.

[3]- محمد صادق بازرعة،إدارة التسويق، مرجع سابق، ص 301، أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفيّة، دار اقرأ، بيروت، ص 317.

القول الأول: أنه من ضمان البائع و هذا هو المذهب عند الحنفيّة[1] و هو الأصح عند الشافعية[2] و رواية عند الحنابلة[3] حيث قالوا انه لتقدم سببه أصبح كالعيب المتقدّم[4].

القول الثاني: أنه من ضمان المشتري ما لم يدلس البائع، و هذا هو مذهب المالكية[5] و الرواية الثانية عند الحنابلة[6]، حيث قالوا أن العيب وجد عند المشتري فكان عليه ضمانه كما لو لم يستند إلى سبب قبله.

و منشأ الخلاف في هذه المسألة هو هل وجود سبب العيب يعدّ عيبا أولا؟

و نوقش هذا التخريج من الوجه الآتي:

بأن البائع في ضمان الأداء يلتزم للمشتري و يتعهد له بسلامة المبيع و صلاحيته للعمل مدّة متفق عليها، و هذه المدّة في الغالب تكون أطول من مدّة استناد العيب إلى سبب سابق على القبض، و حتى لو فرضنا التساوي في المدّة فإنه لا حاجة للنص على هذا الضمان لأنه داخل في خيار العيب و هو ثابت بأصل العقد[7].

ثانيا: أن ضمان أداء المبيع و صلاحيته يخرّج على ضمان العيب الذي لا يطلع على وجوده إلا بتغير في المبيع يحصل به استعلام و استكشاف العيب، و ذلك كقيام المشتري بفضّ الأختام أو نزعها عن المنتجات و عن التسجيلات السّمعية و البصرية لأن تجربته لا تحصل إلا بذلك، و قد اختلف الفقهاء في ضمان العيب الذي لا يعلم إلا بالتجربة و الاستعلام و الاختبار على قولين:

---

[1]- الزيلعي، تبيين الحقائق،مرجع سابق، 42/4، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 71/6.

[2]- الشربيني، مغني المحتاج،مرجع سابق، 429/2، السبكي، تكملة المجموع،مرجع سابق، 12/(132، 133).

[3]- المرداوي،الإنصاف، مرجع سابق، 436/4.

[4]- الشربيني، مغني المحتاج،مرجع سابق، 429/2.

[5]- الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 128/3، الخرشي،شرح الخرشي، مرجع سابق، 142/5.

[6]- البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 228/3، المرداوي، الإنصاف،مرجع سابق، 436/4.

[7]- خالد بن عبد الله المصلح، الحوافز التجارية و التسويقية و أحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 2005، ص 319.

القول الأول: أنه من ضمان البائع وهو مذهب الحنفية[1] و الشافعية[2] و الحنابلة[3] و قول للمالكية[4]، ومن أدلتهم:

1- أن العيب الحادث في المبيع عند المشتري سببه الاستعلام والتجربة، فالمشتري معذور فيه غير ضامن له، لأنه وسيلة استكشاف سلامة المبيع من عيبه، فهو نظير اختبار المصرّاة بجلبها[5].

2- أن الرضا لا يكون إلا بعد المعرفة لما يرضى به، و لا يحصل هذا إلا بالاستعلام و التجربة[6]، فما تبيّن من عيب بالاستعلام لا يكون من ضمان المشتري.

القول الثاني: أنه من ضمان المشتري و هو المشهور عند المالكية[7] و رواية عند أحمد[8]، و من أدلتهم: أدلتهم: أن العيب الحادث عند المشتري لا حجّة له فيه على البائع، لأنه حدث في ملكه فعليه ضمانه[9].

و الملاحظ أن ضمان الأداء يقبل كلا التخريجين، فإذا كان العيب ناشئا عن عدم اتفان صنع المبيع فهذا يخرّج على ضمان العيب المستند إلى سبب سابق على القبض، أما ما كان منه معلقا بسلامة المبيع من العيوب المصنعية و الفنيّة، و لكن لا يعلم إلا بالتجربة و الاستكشاف فهذا يخرّج على ضمان العيب الذي لا يمكن الاطلاع عليه إلا بتغيير في المبيع[10].

---

[1]- الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 171/5، الزيلعي،تبيين الحقائق، مرجع سابق، 37/4.

[2]- السبكي، تكملة المجموع،مرجع سابق، 12/(83، 108).

[3]-المرداوي،الإنصاف، مرجع سابق، 425/4.

[4]- الحطاب،مواهب الجليل، مرجع سابق، 434/4.

[5]- الشربيني، مغني المحتاج،مرجع سابق، 443/2، المرداوي،الإنصاف، مرجع سابق، 425/4.

[6]- ابن حزم، المحلى،مرجع سابق، 73/9.

[7]- الدسوقي،حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 113/3.

[8]-ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 252/6.

[9]- المرجع نفسه، 6/(252، 253).

[10]- خالد بن عبد الله المصلح،الحوافز التجارية والتسويقية واحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 322.

و بعد كل ما تقدم يظهر جواز ضمان الأداء للحاجة إليه، ففيه معنى التوثيق لطمأنة المشتري لاسيما في ظلّ هذا التنوع الكبير للسلع و المنتجات، مع تعذّر تعرّف المشتري على خصائصها لعدم توفر الإمكانيات الفنّية اللازمة لذلك[1].

الفرع الثاني: ضمان العيوب المستقبلية

حيث يتعهد البائع و المنتج بعمل فحص للشيء المبيع و مراقبته دوريا و إصلاحه مجّانا كلّما حدث له خلل أو طرأ عليه عطب لا يد للمشتري فيه خلال مدّة معيّنة تبدأ من تسليمه الفعلي بما يضمن استمرار الانتفاع به و توقي أضراره[2].

يمكن تخرّيج هذا النوع من الضمان على أحد التخريجين الآتيين:

أولا: أنه وعد من البائع للمشتري.

ثانيا: أنه بيع بشرط نفع البائع في المبيع، و قد اختلف الفقهاء فيه على قولين، حيث ذهب المالكية[3] المالكية[3] والحنابلة[4].

إلا أن هذا الشرط صحيح، و أمّا الحنفية[5] و الشافعية[6] فمنعوا هذا الشرط، و أما الفقهاء المعاصرون[1]، فمنهم من يرى أنه عقد مستقل و منهم من يرى أنه شرط في عقد البيع.

1- المرجع نفسه، ص 323.

2- المرجع نفسه، ص 330.

3- ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 161/2، ابن جزي،القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص (171، 172)، و اشترطوا اشترطوا للصحة أن تكون المنفعة المشترطة يسيرة.

4- ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 4/(53-55)، المرداوي،الإنصاف، مرجع سابق، 4/(344- 347)، البهوتي، كشاف القناع،، مرجع سابق، 3/(191، 191)، و لم يشترطوا للصحة سوى علم المنفعة.

5- الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 172/5، السرخسي، المبسوط،مرجع سابق، 15/13، و استثنوا ما جرى عليه العرف و العادة.

6- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 3/(398، 399).

القول الأول: تحريم الضمان المقترن بالمبيع و استدلوا بأدلة منها:

1- قول النبي صلى الله عليه و سلم: «**لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**»[2].

و الضمان المقترن بالبيع يتضمّن أكثر من شرط في البيع، إذ أن البائع يشترط عليه في الضمان أن يقوم بفحص السلعة، و يشترط عليه أن يقوم بإصلاحهاو بتوفير قطع الغيار اللازمة لذلك، و هذا ينطبق عليه النهي عن شرطين في البيع.

2- أن الضمان المقترن بالبيع يشتمل على الغرر المنهي عنه، إذ أن نفقات الضمان التي يتحملها البائع تتوقف على حدوث العيب و هو أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما أن هذا الضمان فيه جهالة كبيرة، إذ ليس من السهل تقدير العيوب التي تطرأ على المبيع خلال مدّة الضّمان[3].

القول الثاني: جواز الضمان المقترن بالبيع و استدلوا بأدلة منها:

1- قول النبي صلى الله عليه و سلم: «**المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[4].

أن الضمان المقترن بالمبيع يعد من قبيل الشرط و الأصل فيه الجواز، و هو شرط يزيل الجهالة التي يعاني منها المشتري عند الشراء، و فيه مصلحة للطرفين، فالبائع يضمن رغبة المشتري في شراء

---

[1]- الضرير،الصديق محمدالأمين ، عقد الصيانة و تكييفها الشرعي، مجلة الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الحادي عشر، 115/2، عبد الرحمان العايد، عقد المقاولة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض 2004، ص 333.

[2]-رواه أحمد في مسنده، رقم الحديث: [6671]،253/11. وأبو داود في سننه، كِتَاب الْبُيُوعِ،بَابٌ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ، رقم الحديث: [3504]، 283/3. والترمذي في سننه،بَابُ مَا جَاءَ فِي كَرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، رقم الحديث: [1234]، 526/2.النسائي في سننه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، بابَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ، رقم الحديث: [6160]، 59/6. والدار قطني في سننه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، رقم الحديث: [3073]، 46/4. والحاكم في مستدركه،كِتَابُ الْبُيُوعِ، رقم الحديث: [2185]، 21/2. والبيهقي في سننه،كتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ مَنْ قَالَ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَيْنِ الْغَائِبَةِ، رقم الحديث: [10419]، 438/5.

[3]- محمد أنس زرقا، ساهي السّويلم، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 11 ، 200/2.

[4]- سبق تخريجه، ص 78.

السلعة، والمشتري يطمئن على سلامة المبيع و حسن أدائه[1].

2- إن الضمان المقترن بالمبيع لا يقابله عوض، و إنّما العوض يقابل السلعة بدليل أن المشتري لو تنازل عن الضمان لم يحسمه البائع من قيمة العين، مما يدل على أنه ليس له قيمة مستقلة و حتى ولو كان مشتملا على جهالة إلا أنها مقدرة بغاية محدودة، و هي استبقاء الشيء في حالة يؤدي فيها وظيفته المعتادة[2].

و الأقرب للصواب أن يخرّج هذا الضمان على أنه و عد بمنفعة البائع في المبيع، و ذلك لأن هذا الضمان لم يشترطه المشتري، بل يَعد به البائع ابتداء ترغيبا و تشجيعا على الشراء منه[3].
كما أنه يؤدي إلى استقرار العقود و التقليل من حالات الرّد بالعيب، إذ لا تكاد تخلوا سلعة من خلل فني كبير أو صغير، بشرط أن تكون مدّة الضمان متناسبة مع جودة السلعة وفي حدود الحاجة.

الفرع الثالث: ضمان معايير الجودة

تسعى كثير من المؤسسات و الشركات التجارية للحصول على علامات الجودة التي تصدرها الهيئات الحكومية أو الصناعية المختصّة بوضع مواصفات و معايير جودة السلع و المنتجات، فإذا ما حصلت هذه المؤسسات و الشركات على هذه الشهادة التي تضمن جودة سلعها و تطابقها مع المواصفات و الخصائص المعتبرة، تقوم بوضع هذه العلامة على الغلاف الخارجي للسلعة[4].

و الغرض من هذا النوع من الضمان، أن المشتري يفضل السلعة المضمونة الجودة لعدم تمكنه من معرفة ذلك في الغالب، و تحمل البائع و المنتج إتقان معايير الجودة لرواج سلعهم[5].

---

[1]- رفيق المصري، عقد التوريد والمناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني عشر، 489/2.

[2]- عبد الرحمان العايد، عقد المقاولة،مرجع سابق، ص 333.

[3]- خالد بن عبد الله المصلح،الحوافز التجاريةوالتسويقيةواحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 334.

[4]- المرجع نفسه، ص 325.

[5]- بازرعة، إدارة التسويق،مرجع سابق، ص 2/(170، 171).

و هذا الضمان تدعو إليه الحاجة وإلزام المنتجين به حماية للمستهلكين و صيانة للمصلحة العامة[1]؛ و في حالة ثبوت أن المنتج أو السلعة لم يصدر فيه ضمان من الجهة المشار إليها، فهذا يعد عيبا في المبيع، تطبق عليه أحكام العيب في الفقه الإسلامي.

وهذا الكلام في حالة ما إذا كانت السلع منقولة ويتم تسويقها عبر الوسائط الإلكترونية، كالأجهزة الكهربائية، والسيارات وغيرها وأما إذا كانت السلع إلكترونية كبرامج الحاسوب، فمن غير السّهل على المشتري تحديد العيب الذي قد يتواجد في البرنامج، لأنه على درجة قليلة من الدّراية و المعرفة بأصول البرمجة، كما أنه لا يعني ظهور الصعوبات و المشكلات أثناء تشغيل البرنامج وجود عيب فيه، فربما أن البرنامج المراد تشغيله لا يعمل وفق نظام التشغيل المثبت و يحتاج إلى تثبيت نظام آخر ليعمل.

وعليه فإن اكتشاف العيب ومعرفة عدم أداء البرنامج لوظيفته يحتاج إلى خبراء و فنيين في مجال البرمجة، و على هذا فلو أدعى المشتري عدم كفاءة البرامج التي اشتراها أو أنها معيبة، فعليه أن يثبت بالبيّنة وجود العيب الذي يقلل من خدمة البرنامج، و عدم حدوثه عنده فإذا لم يتمكن من ذلك يستشار أهل الخبرة في البرمجة و يحكم وفق أقوالهم[2]، و إلا فالقول قول البائع مع يمينه[3]؛كما أنه إذا تم ابتكار فيروس يهدف إلى مهاجمة البرنامج و تعطيله، فعلى الشركة تزويد المشتري ببرامج حديثة قادرة على مكافحة هذا النوع من الفيروسات[4].

المطلب الثاني: خيار فوات الوصف

ويشمل الفروع الآتية:

---

[1]- خالد بن عبد الله المصلح، الحوافز التجارية والتسويقية واحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 225.

[2]- أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 228.

[3]- ابن جزي، القوانين الفقهية،مرجع سابق، ص 175.

[4]- أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 229.

الفرع الأول: تعريفه و حكمه

لقد سبق تعريف الخيار، و الصفة من الوصف و هو النعت بما في الشيء، مأخوذ من (وصف الثوب) إذا أظهر حاله و بيّن هيئته[1].

و **أمّا اصطلاحا** فقد عرّف بعدّة تعريفات منها:

1- هو حق الفسخ لتخلّف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه[2].

2- هو الأمر الذي إذا قام بالمحلّ يوجب في ذلك المحلّ حسنا أو قبحا[3] .

و مثاله أن يشتري إنسان شيئا و يشترط فيه وصفا مرغوبا له، كمن اشترى حصانا على أنه عربي أصيل، فإذا هو غير ذلك، أو انه سريع فإذا هو بطيء، و كذلك شراء بقرة على أنها حلوب[4].

و مجال هذا الخيار هو مجال خيار العيب، و هو أن يكون العقد على ما يتعيّن بالتعيين، فلا يثبت في المبيع غير المعيّن، ذلك أن المبيع الذي يثبت في الذّمة إذا لم يظهر على طبق الوصف فهو غير المبيع، و كذلك لا يثبت في المبيع الغائب، لأن للمبيع الغائب خيارا خاصّا به هو خيار الرؤية، و لهذا ألحقه بعض الفقهاء بخيار العيب[5].

غير أن خيار العيب يكون لاختلال شرط السلامة، و أما فوات الوصف المرغوب فيه فمجاله ما زاد عن مقتضى تلك السلامة.

و قد اتفق الفقهاء من الحنفية[6] و المالكية[1] و الشافعية[2] و الحنابلة[3] على أن العاقد إذا شرط شرط

---

[1]- الفيومي،المصباح المنير، مرجع سابق، 661/2.

[2]- عبد الستار أبو غدة،الخيار وأثره في العقود،مرجع سابق، ص 719.

[3]- محمد علي بن علي التهانوي، موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية، شركة الخيّاط، بيروت، 373/2.

[4]- عبد الستار أبو غدة،الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 719.

[5]- الخرشي،شرح الخرشي، مرجع سابق، 35/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 108/3.

[6]- السرخسي، المبسوط،مرجع سابق، 93/15، الزيلعي،تبيين الحقائق،مرجع سابق، 53/4، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 3/6.

وصفا مرغوبا في المبيع فظهر خاليا عن ذلك الوصف فله الخيار بين فسخ العقد أو أخذه بجميع الثمن واستدلوا بأدلة منها:

1- أن هذا الشرط ما يقتضيه العقد، و ذلك لأن الوصف لو كان موجودا في المبيع دون التفات إلى اشتراط المشتري له، فإنه يدخل في العقد و يكون من مقتضياته[4].

2- أن فوات الوصف المرغوب فيه بعد أن حصل في العقد الالتزام به من البائع،هو في معنى فوات وصف السلامة في المبيع إذا ظهر فيه عيب، فكما يثبت في الصورة الأخيرة خيار العيب يثبت في الصورة الأولى خيار الوصف، و كل من الخيارين يثبت لتخلف شرط في المحل[5].

3- أن فوات الوصف كالعيب بل أقوى لصراحة الاشتراط[6].

الفرع الثاني: شروط الوصف المعتبر

يتوقف ثبوت الخيار للمشتري على تخلف وصف مرغوب فيه في المعقود عليه، و ليس كل وصف يعدّ معتبرا، لأن هناك أوصافا أهدرها الشرع ولم يعتبرها؛ و لذلك فإن الوصف المعتبر له شروط، هذه الشروط بعضها ينبغي وجوده في الوصف، و بعضها يتصل بتخلّف الوصف أو فواته، تتمثل فيما يلي[7]:

1- أن يكون المطلوب وجوده وصفا- أمّا لو كان ملكية عين أخرى أو منفعة نحو ذلك مما هو ليس من قبيل الأوصاف، فليس من باب فوات الوصف و إنما هو من باب الشروط، و من هنا ذهب

1- الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 108/3.

2- النووي، المجموع، مرجع سابق، 210/9.

3- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 34/6، المرداوي،الإنصاف، مرجع سابق، 298/4.

4-الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 169/5.

5- المرجع نفسه، 273/5.

6- عبد الستار أبو غدة،الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 723.

7- الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 172/5. ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 28/6، ابن عابدين، رد المحتار،مرجع سابق، 589/4، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 34/6.

الحنفية[1] و المالكية في المشهور عندهم[2] و الشافعية في أحد أقوالهم[3]إلى عدم اشتراط كون الشاة حاملا، لأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من البيع مجهول، و ضمّ المعلوم إلى المجهول يجعل الكل مجهولا.

2- أن يكون الوصف المرغوب مباحا في الشّرع، فإن كان الوصف محضورا أو مؤديا إلى محضور يوجب الفساد، كمن اشترى كبشا على انه نطّاح أو ديكا على أنه مقاتل، فهذا الوصف لا اعتبار له في الشرع، بخلاف ما إذا اشترط وصفا مباحا كأن يكون الكلب معلما، أو الجهاز سريعا، أو غير ذلك من الأوصاف المباحة.

3- أن يكون الوصف منضبطا لا يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع، بحيث يمكن معرفته و الحكم بوجوده و عدمه، كأن يشترط في البقرة الحلوب أن تحلب كذا لترا حليبا في اليوم-أو يشترط في السيارة أن لا تستهلك أكثر من كذا لترا، فهذا مما لا ينضبط لأن التحقق منه عسير، و لكن يصح أن يشترط في البقرة أن تكون حلوبا.

4- أن يكون الوصف مرغوبا فيه، وذلك بحسب العادة،فلو أشترط ما ليس بمرغوب فيه لا يصح كما لو تحقق في المبيع وصف أفضل من الوصف المرغوب فيه في العقد و يوافق البائع في العقد، فلا يعتبر حال المشتري قرينة كافية عن الاشتراط، و ذلك لأن هذا الوصف يستحق في العقد بالشرط لا بمجرّد العقد.

واختلف الفقهاء في وقت إثبات خيار خلف الصفة هل هو على الفور أو التراخي على قولين؟:

القول الأول: يثبت خيار الصفة على التراضي و هو قول عند الشافعية[1] و رأي فقهاء الحنابلة[2] و ذلك لأنه شرع لدفع ضرر مستحق عن العاقد فلم يبطل بالتأخير.

---

[1]- الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 168/5.

[2]- التسولي،البهجة في شرح التحف، مرجع سابق، 69/2.

[3]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 404/3.

القول الثاني: يثبت خيار خلف الصفة على الفور و هو ا لقول المعتمد عند فقهاء الشافعية[3].

الفرع الثالث: خيار خلف الصفة في العقد الإلكتروني

بعد أن تكلمنا عن بعض المسائل الفقهية المتعلقة بخيار خلف الصفة، نتطرق لتطبيق هذا الخيار في التعاقد الإلكتروني.

إن طريقة عرض السلع و الخدمات في العقود الالكترونية يكون بإحدى طريقتين، الكتالوجات الإلكترونية أو العيّنات.

أولا: الكتالوجات الإلكترونية

يعتبر الكتالوج الوسيلة الأساسية لعرض السلع و المنتجات، و بيان مواصفاتها و خصائصها بطريقة جذّابة تؤدي إلى إغراء المشتري و إقدامه على الشراء، حيث يستطيع المشتري التعرّف على السلعة ومعاينتها و ذلك بالاطلاع على مواصفاتها المدرجة في الكتالوج[4].

و يقوم الكتالوج بدور هام في إعلام المستهلكين بحقيقة السلع و المنتجات، حيث يلتزم البائع بان يدرج في الكتالوج كافة البيانات و المعلومات الجوهرية التي تمكّن المشتري من الارتباط بالعقد عن معرفة كافية بحقيقة السلعة، و لا يكون ذلك إلا إذا كانت البيانات و المواصفاتالمدرجة في الكتالوج كاملة وواضحة و محدّدة دون غموض أو إبهام، بأن يستخدم فيه العبارة الدقيقة مع الوصف التصوري لما له أهميّة كبيرة في إيضاح حقيقة السلعة في التعاقد الإلكتروني[5].

و لو أمعنا النظر في ما اسماه فقهاء المالكية " بالبيع على البرنامج" لوجدنا فيه شبها كبيرا مع البيع على الكتالوجات الالكترونية، حيث يتم تدوين البيانات و الأوصاف الخاصة بالمبيعات في الكتالوج لإعلام المشتري بها و إبرام العقد على أساسها " الأوصاف المحرّرة في البرنامج".

---

[1]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 192/7.

[2]- المرداوي، الإنصاف،مرجع سابق، 428/4.

[3]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 192/7.

[4]- أبو العز،التجارة الإلكترونية واحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص (256، 257).

[5]- المرجع السابق، ص 257

ثانيا: العيّنات

و هي ما تقدّمة المؤسسات و الشركات للعملاء من نماذج معدّة إعدادا خاصّا للتعريف ببضاعة جديدة أو إعطاء العملاء فرصة تجربة السلعة أو الترويج لها[1].

و الهدف من هذه العيّنات التعريف بالسلعة وكيفية استعمالها، ومعرفة مدى تلبيتها لحاجياتهم هذا من جهة، و من جهة أخرى أن تكون نموذج لما يطلب في السلعة المعقود عليها من المواصفات، وغالبا ما تستعمل هذه النماذج الإعلانية في السلع التي تحتاج إلى تصنيع[2].

يمكن تخرّيج هذه العينات على بيع الأنموذج[3]،و لو أن القائلين بصحة بيع الأنموذج اشترطوا أن يكون المبيع مما لا تتفاوت آحاده كالمكيل و الموزون[4]، و قد مثلوا له بالهيكل و الموزون بناء على أنه لا يمكن ضبط غيرهما، و هذا بالنظر إلى عصرهم أمر صحيح، أمّا اليوم فإن التطور الصناعي بلغ حدّا أصبح كل شيء يمكن ضبطه بأوصاف لا تختلف و لا تتفاوت آحاده[5].

إن التقدم العلمي و التكنولوجي في إنتاج و تقديم السلع و المنتجات أثّر بشكل مباشر على اختلال التوازن المعرفي والاقتصادي في العلاقة التعاقدية بين البائع و المشتري من جهة، و انتشار وسائل الاتصال الحديثة وما ينتج عنها من ظهور أنماط تعاقدية غير مألوفة ، مع العلم أن المشتري غالبا ما تنقصه الخبرة والمعرفة التكنولوجية و الصناعية لهذه السلع و المنتجات لما تحتويه من تعقيد في تركيبها و دقّة عالية في استعمالاتها، و ما يترتب عن ذلك من صعوبة التحقق من مطابقة المنتجات

---

[1]-خالد بن عبد الله المصلح، الحوافز التجارية والتسويقية واحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 122.

[2]-المرجع السابق، ص 122.

[3]- راجع ص67 من هذا البحث.

[4]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 373/3.

[5]- خالد بن عبد الله المصلح، الحوافز التجارية والتسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 124.

وقت البيع للمواصفات التي تعهد البائع بوجودها في المبيع أو ما يشترطه المشتري من صفات معيّنة في المبيع.

و نتيجة لهذا التفاوت المعرفي و الاقتصادي بين البائع و المشتري، أدى ذلك إلى بروز حاجة ملحة تمثلت في ضرورة إيجاد وسيلة قانونية يمكن من خلالها إلزام البائع بضمان تسليم مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد، و هذا الضمان اصطلح على تسميته بـ (ضمان المطابقة)، حيث يعرف بأنه: « أن تنفق البضاعة التي تسلم للمشتري مع ما وقع عليه الاتفاق بينه و بين البائع»[1]، أو هو « مطابقة الشيء المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد[2]».

و عليه فإن المبيع يجب أن يكون مطابقا للمواصفات المتفق عليها في العقد، كما يلزم أن يكون مطابقا لغرض المشتري، إلا أن غرض المشتري من الموضوعات الشخصية التي يصعب الكشف عن حقيقتها، و عليه فلا بد من إخضاعه لمعايير تتعلق بصفة المشتري، أو بالاعتماد على البيانات المقدمة من البائع، أو تلك الملصقة على المبيع[3].

و هذا الضمان لا يقتصر على ما يشترطه المتعاقدان في تعاقداتهم و إنما يمتد و يتسع ليشمل ما يقرره المشرع من أحكام لحماية المشتري الذي يعجز عن اشتراط مواصفات في المبيع لإشباع رغباته.

كما أن التزام البائع لا يقتصر على تسليم مبيع مطابق في عناصره الجوهرية كصلاحية المبيع للاستعمال و تحقيق غرض المشتري منه، بل يمتد ليشمل العناصر غير الجوهرية بأن تكون طريقة تعبئة و تغليف المبيع المتفق عليها مطابقة مطابقة تامة لشروط العقد و من ثم وصول المبيع وقت التسليم للمشتري سالما من أي خلل[4].

---

[1]- محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد البضائع، مجلة القانون و الاقتصاد، العددان الثالث و الرابع، الشركة المتحدة للنشر و التوزيع، 1976، ص 366.

[2]- محمد محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 07.

[3]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 124.

[4]- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في ا لقانون المدني المقارن المكتبة القانونية، عمان، 2002، ص 58.

المبحث الثالث: خيارات الجهالة

تقوم العقود على رؤية المبيع في مجلس العقد، أو ما يقوم مقام الرؤية من خلال الوسائل التي تؤدي إلى العلم الكافي بمحل العقد، و قد تعرض الفقهاء إلى أنواع البيوع التي تتلاءم وواقعهم، ومنها البيوع غير المرئية أو ما يطلق عليه بيع المغيبات (الغائب) و هي البيوع التي لم تتحقق رؤيتها، لكن مع تطور العصر واختلاف الزمان و المكان الذي تعدّدت فيه الحاجات و زادت المنتجات فشملت هذه البيوع عدّة جوانب منها ما هو محفوظ في علب، ومنها ما هو في أكياس إلى غير ذلك مما لا يظهر السلعة فلا يراها المشتري، حيث اقتصر علم هذا الأخير على أوصاف المبيع بسبب غياب المحل عن مجلس العقد، أو لعدم اكتمال وجوده كأن يكون تحت الإنشاء والتصنيع و هذا حال أغلب المعاملات الحالية خاصة التي تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة كالبيع على الكتالوج أو من خلال الصور المرئية أو الفوتوغرافية، فهل تكفي هذه الرؤية التي تتم عبر الشاشة أم للمشتري الحق في رؤية المبيع مرة أخرى؟

المطلب الأول: خيار الرؤية

و يشتمل هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف خيار الرؤية

لقد سبق تعريف الخيار لغة، و أمّا لفظ الرؤية فهو مصدر لفعل رأى، يرى و معناه لغة: النظر بالعين و بالقلب[1].

و أمّا خيار الرؤية اصطلاحا فهو: هو أن يكون الإنسان مخيّرا بين تنفيذ العقد و بين فسخه إذا اشترى شيئا و لم يره[2].

---

[1]- الرازي، مختار الصحاح،مرجع سابق، مادة (رأى)، ص 96.

[2]- سلطان الهاشمي، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 168.

أو هو حقّ يثبت به للمتملّك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعيّن الذي عقد عليه و لم يره[1].

و الإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب إلى المسبب، حيث أن سبب خيار الرؤية هو عدم رؤية المبيع أو العين في مجلس العقد[2].

المقصود بالرؤية: هو العلم بالمقصود الأصلي من محل العقد، سواء كان ذلك العلم يحصل بالرؤية البصرية (العين) أو بأي حاسة من الحواس، كاللّمس، و الجسّ، أو الذوق، أو الشتم، أو السّمع، فهو في كل شيء يحبسه[3] .

فالأشياء التي يتم العلم المقصود منها بالنظر و المشاهدة، يكتفي بالنظر إليها، فإذا نظر ورضي بها انتهى خياره و الأشياء التي تعلم بالجنس كالشاة يكتفي فيها به، و ما يعرف بالشم كالطيب يكفي الشمّ، و ما كان سبيل معرفته الذوق كالعسل فهو كاف فيه، و أخيرا الأشياء التي لا تعرف إلا بالاستماع فكذلك[4].

فالجسّ أو الشّم أو الذّوق كل في مجاله مغنيا عن الرؤية في مباشرة حق الخيار المربوط بحصول الرؤية، و التعبير منصبّ على الرؤية و حدها أحيانا، لأنها الوسيلة الغالبة في معرفة الأشياء[5].

و الظاهر أن هذه الوسائل ليّست لمجرّد الإغناء عن الرؤية، بل أنها تتعيّن أحيانا بعد الرؤية، إذا كان ا لعلم بالمقصود لا يحصل إلا بها.

و في رؤية ما سبيل العلم به الرؤية لا يشترط رؤية جمعية بل يكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود و يختلف بيم كون المبيع مثلي أو قيمي، فإذا كان المبيع مثليا لا تتفاوت آحاده تكفي رؤية بعضه أو

---

[1]- أبو غدة،الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 493.

[2]- سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 168.

[3]- ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 6/(68، 68)، ابن عابدين، رد المحتار،مرجع سابق، 593/4.

[4]- ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 68/4.

[5]- أبو غدة،الخياروأثره في العقود، مرجع سابق، ص 521.

واحد منه[1]، و أمّا إذا كان المبيع قيميا فلا بدّ من رؤيته ما يدل على المقصود من الشيء الواحد، أو رؤيته ذلك من كل واحد منها إذا كان المبيع أكثر من واحد لأن رؤية البعض لا تعرّف الباقي[2].

و عليه فالرؤية المعتبرة هي التي يتحقق فيها العلم بالمقصود، لا تساع دائرة مفهوم الرؤية التي تناسب تطور العصر و تواكب التطبيق العملي و هو الذي عليه بيوع الناس في هذا الزمان، فإذا ما تحقق العلم بالمقصود، تحقق المراد من البيع.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في إثبات خيار الرؤية

القول بخيار الرؤية إيجابا أو نفيا مرتبط كل الارتباط ببيع الشيء الغائب صحة و فسادا[3].

و من الضروري بيان المراد بالغيبة في قولهم (العين الغائبة)، فالمراد هو غيبتها عن البصر بحيث لم تجر رؤيتها عند العقد، سواء كانت غائبة أيضا عن مجلس العقد أو حاضرة فيه، لكنها مستورة عن عين العاقد فهي غائبة في كلا الحالتين، فالغائب هنا غير المرئي إمّا لعدم حضوره أو لانتفاء رؤيته بالرغم من حضوره، فليس كل حاضر مرئيا فقد يكون حاضرا غير مرئي[4].

والفقهاء القائلون بصحة بيع الغائب اتفقوا[5] على ثبوت خيار الرؤية للمشتري عند رؤية العين الغائبة، و يثبت له حق الفسخ إذا جاء المبيع أدنى من الوصف المتفق عليه بين البائع و المشتري، واستدلوا بما يلي:

- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن الرسول صلى الله عليه و سلم أنه قال : «**مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ**»[6].

1- السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 72/13.

2- ابن الهمام،فتح القدير، مرجع سابق، 5/(142، 143).

3- راجع ص 62من هذه المذكرة

4- الدسوقي،حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 28/3.،

5- الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 163/5، الزيلعي،تبين الحقائق، مرجع سابق، 24/4، الحطاب،مواهب الجليل، مرجع سابق، 296/4، الدسوقي،حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 62/3، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 370/3، ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 62/4،ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 34/6.

6 - سبق تخريجه، ص63.

- أحاديث النهي عن الغرر، لأن ما لم يقف الإنسان على حقيقته لا يخلوا عن نوع غرر، سواء كان يعلمه البائع أم لا، و أيضا لا بدّ من حصول المناط الشرعي و هو التراضي، فإذا لم يرض المشتري بالمبيع عند رؤيته فقد انعدم الرضا[1].

- القياس على النكاح فإنه لا يشترط رؤية الزوجين بالإجماع، و القياس على بيع ما له صوان كالرمان و الجوّز[2].

و أجيب على هذه الأقيّسة بأن المعقود عليه في النكاح استباحة الاستمتاع و لا يمكن رؤيتها لأن الحاجة تدعوا إلى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالبا؛ و أمّا المبيع في صوانه دون رؤية المستتر فظاهره يقوم مقام باطنه في الرؤية، لأن في استتار الباطن مصلحة له[3].

و لكن الظاهر أن خيار الرؤية عند الأحناف خيار حكمي يثبت بالشرع، أما خيار الرؤية عند المالكية فهو خيار شرطي لا بدّ فيه من التقاء إرادة المتعاقدين على إعطائه للمشتري، و الفرق بينه و بين خيار الشرط، أن هذا الأخير له أمد معلوم قد ينقضي قبل حصول الرؤية، أما الأول (خيار الرؤية) فيبدأ منذ الرؤية[4].

و هذا الخلاف انعكس على ثبوت خيار الرؤية للمشتري إذا جاء المبيع (العين الغائبة) على الصفة المذكورة أو أفضل منها، حيث اختلف الفقهاء القائلون بخيار الرؤية على قولين:

الرأي الأول: إذا وجد العين الغائبة عكس الصفة التي وصفها البائع فلا يجوز له فسخ العقد بل تلزمه العين و هو قول المالكية[5] ووجه عند الشافعية[6]، و رأي الحنابلة[7].

---

[1]- الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 292/5.

[2]- النووي، المجموع، مرجع سابق، 331/9.

[3]- أبوغدة،الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 516.

[4]- المرجع السابق، ص (517، 518).

[5]- الحطاب، مواهب الجليل،مرجع سابق، 296/4.

[6]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 377/3.

[7]- ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 62/4، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 34/6.

و من أدلتهم:

1- قياس الموصوف المعقود عليه على المسلم فيه، فكما إذا سلم المسلم المبيع للمسلّم إليه على الصفة المتفق عليها، لا يثبت له خيار الرؤية عند رؤية المسلم فيه، فكذلك المبيع على الصفة بجامع البيع على الصفة في البيع على الصفة في البيعين[1].

2- أن الصفة تحصل بها معرفة المبيع التي يختلف بها الثمن ظاهرا، و هذه الصفات تكفي إسقاط خيار المشتري بدليل أنها تكفي في السلم، و قد سلم له المعقود عليه بالصفات المتفق عليها[2].

الرأي الثاني: يثبت خيار الرؤية للمشتري مطلقا سواء وجد العين الغائبة على الصفة التي وصفها البائع أولا، و هو قول فقهاء الحنفية[3] ووجه عند فقهاء الشافعية[4].

استدلوا بما يلي:

1- عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ**».[5]

ووجه الدلالة أن الوصف لا يغني عن الرؤية، لأن الرؤية تفيد ما لا تفيده العبارة و لا يحصل بالوصف معرفة المبيع كالرؤية.

2- ما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: « **من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه**»[6].

1- المرجع نفسه، 34/6، ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 4/ ' 26، 27).

2- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 33/6.

3- الزيلعي، تبين الحقائق،مرجع سابق، 24/4.

4- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 377/3.

5 -رواه أحمد بن حنبل في مسنده، رقم الحديث: [1842]،341/3. وابن حبان في صحيحه، كِتَابُ النُّجُومِ وَالْأَنْوَاءِ باب ذِكْرُ السَّبَبِ الَّذِي مِنْ أَجْلِهِ أَلْقَى مُوسَى الْأَلْوَاحَ رقم الحديث: [6213]، 96/14. والحاكم في مستدركه، كِتَابُ التَّفْسِيرِ، رقم الحديث: [3250]، 351/2.

6- سبق تخريجه، ص63.

3- يثبت خيار الرؤية للمشتري و إن وجده كما وصف، لأنه يعرف بيع خيار الرؤية، فلا يجوز أن يخلو من الرؤية[1].

و الملائم للعقود الإلكترونية، أن المشتري إذا وجد المبيع مطابقا للصفات التي بيّنها البائع بدقة كالجنس و النوع و المقدار مدعما ذلك بالصور، فإن المبيع في هذه الحالة يلزم المشتري و لا يثبت له خيار الرؤية، و إن وجد المشتري عبر الوسائط الالكترونية المبيع مخالفا للصفة التي ذكرها البائع، فإن خيار الرؤية يثبت له و يكون مخيّرا بين إمضاء العقد أو فسخه[2].

الفرع الثالث: وقت ثبوت خيار الرؤية

اختلف الفقهاء في وقت ردّ المبيع على البائع إذا ثبت للمشتري خيار الرؤية على ثلاثة أقوال:

- **القول الأول:** يثبت له الخيار على التراخي، و هو وجه عند الشافعية[3] و رواية عند فقهاء الحنابلة[4].

- **القول الثاني:** يثبت له الخيار على الفور، و هو رواية عند الحنابلة[5]، ووجه عند الشافعية[6]، لأنه خيار تعلق بالرؤية فكان على الفور كخيار الرّد بالعيب.

- **القول الثالث:** يثبت له الخيار و لا يتقيّد بوقت بل يكون مطلقا و هذا قول الحنفية[7].

وبما أن خيار الرؤية مشروع لكمال الإطلاع على المبيع بالرؤية فالمناسب أن يكون خيار الرؤية على الفور بعد الرؤية لأنه بذلك يستدرك ما فاته . وهي الرؤية . لأن إبرام العقد على ما لم يره يدل

---

[1]- النووي، المجموع، مرجع سابق، 349/9.

[2]- سلطان الهاشمي، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 171، علي الزيباري،العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص 190.

[3]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 377/3.

[4]- ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 27/4.

[5]- المرجع نفسه، 27/4.

[6]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 377/3.

[7]- السرخسي، المبسوط،مرجع سابق، 71/13، ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 592/4.

على رضاه بأصل التعاقد إلا من ناحية واحدة و هي الاطلاع التام و قد حصل بالرؤية، القول بالتراخي فيه مشقة على البائع[1].

و عليه فإن لم يكن المبيع مطابقا للمواصفات المتفق عليها- عليه أن يرده في الحال إلى البائع دون احتساب مدّة الشّحن لأن ذلك قد يستغرق وقتا في العقد الإلكتروني[2].

المطلب الثاني: خيار الرؤية في العقد الإلكتروني

يمكن رؤية السّلع العينية عبر الوسائط الإلكترونية بعدّة وسائل منها الصّور الفوتوغرافية الثابتة أو الصور المتحركة المرئية أو عن طريق الكتالوج أوالبروشور أو عبر الشاشة، فهل رؤية السلعة عبر هذه الوسائل تقوم مقام الرؤية الحقيقة؟، و هل تعتبر السلعة في مجلس العقد حاضرة مشاهدة أم غائبة مستورة؟.

أولا: رؤية الصور الفوتوغرافية و المرئية

إن رؤية المعقود عليه (المحل) عبر الصور بجميع أنواعها، الصور العادية أو المرئية أو ما يسمّى بصور ثلاثية الأبعاد، ليست كالرؤية بالعين و إنما زيادة في الوصف و تقريبا للرؤية الحقيقية، و ذلك لأن الصور عبر الوسائط الالكترونية معرّضة للغش والتدليس و التصغير و التكبير و هذا يهدّد رضا المشتري لأن هذه التقنيّات تسمح باستخدام مؤثّرات بصرية تعمل على عرض سلعة في مناخ ساحر يؤدي إلى إخفاء العيوب في السلعة و إبراز المحاسن، و هذا يؤثر على رضا المشتري[3].

ثانيا: رؤية الكتالوج أوالبروشور

شاع في الآونة الأخيرة البيع على الوصف المتضمّن في " الكتالوج" أو " البروشور " كما يسمى، و الذي يضمّ صورة أو صوّرا للمبيع، و أوصاف المبيع مفصّلة و دقيقة مع بيان كيفيّة الاستخدام و الصيانة و بيان الطاقة و قوة التحمل بالأرقام و المعايير، و هذا يأخذ حكم البيع على

---

[1]- أبو غدة،الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 548.

[2]- سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 172.

[3]- المرجع السابق، ص 203، سامح عبد الواحد،التعاقد عبر الأنترنت،مرجع سابق، ص 319.

البرنامج، فقد ذهب المالكية[1] إلى صحة هذا البيع، إذا كان البرنامج متضمنا بيان أوصاف المبيع بتفصيل و دقّة لا تدع مجالا للالتباس أو الاختلاف أو الغرر.

و قد رجّح بعض المعاصرين هذا القول لأن مناط الحكم هذا هو تحقيق شرط العلم المبيع، و هو متوفر بصورة أدق من الرؤية المباشرة لما تضمنه من صفات دقيقة وواضحة تمنع الضّرر و تقطع النزاع[2].

إنّ رؤية المصوّرات كالكتالوج أو البروشور لا تسقط خيار الرؤية لاحتمال عدم التزام البائع بالمواصفات المتفق عليها فتجيء ا لحقيقة مخالفة للصورة و هذا دفعا للغرر و قطعا للخصومة[3].

ثالثا: رؤية الأنموذج

لقد جرت العادة في كثير المؤسسات الإنتاجية على إرسال عينات و نماذج لمنتجاتها على شكل قطع صغيرة أو نماذج مصغّرة عن الأصل[4] و هذه النماذج إما أن تكون مثلية أو قيمية، فإن كانت العينة أو الأنموذج من المثليات فإن رؤية بعضه تكفي عن رؤية الكل، فقد جاء في كتب الحنفية : « و يكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار »[5]؛ و إن كان المعقود عليه قيميا، فالفقهاء القائلون بصحة بيع الأنموذج يجيزونه في المثلي دون القيمي حيث جاء في روضة الطالبين: « و لا يخفى أن مسألة الأنموذج مفروضة في المتماثلات »[6].

و قد مثلوا بالمكيل و الموزون بناء على أنه لا يمكن ضبط غيرهما، و هذا بالنظر إلى عصرهم صحيح، أما اليوم فالسلعة أصبحت منضبطة الوصف، حيث تصل جودتها إلى درجة الكمال في جميع ما كان يطلب من وصف في السلعة عند الفقهاء من طعم أو لون أو رائحة، و ذلك لإتحاد

---

[1]- الحطاب، مواهب الجليل،مرجع سابق، 294/4، الخرشي،شرح الخرشي، مرجع سابق، 33/5.

[2]- رمضان البوطي، البيوع الشائعة و أثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1998، ص 196.

[3]- محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 395.

[4]- البوطي،البيوع الشائعة وأثرضوابط المبيع على شرعيتها، مرجع سابق، ص 198.

[5]- ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 596/4.

[6]- النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 373/3.

المنتج في المصنع حيث أنه يمكن إنتاج آلاف الوحدات من السلعة المنتجة في الساعة الواحدة بالشروط والمواصفات و لا اختلاف بينها في الشكل و السمك والعرض و اللّون[1]،فلو رأى شخص تلفزيونا معروضا أو كتابا فإن جميع الوحدات من هذا المنتج تكون بنفس المواصفات و نفس الجودة، و لا مكان لاحتمال الغرر هنا، و من ثم يكون الشخص كأنه رأى جميع الوحدات و بالتالي فاعتماد هذه النماذج و العينات الإعلانية للتعريف في البيوع يصلح في وقتنا المعاصر و الحاجة تدعو إليه خاصة و أن اغلب السلع و المبيعات عبر الوسائط الالكترونية من القيميات.

رابعا: الرؤية عبر الشاشة

إن رؤية المعقود عليه عبر الشاشة لا يسقط حق المشتري في خيار الرؤية، لأن هذه الرؤية ليست حقيقية و هناك مسائل شبيهة بهذه المسألة نص عليها الفقهاء في كتبهم و هي:

- الرؤية من خلف الزجاج:

فقد جاء في مغني المحتاج: [2]« ومن نظائر هذه المسألة رؤية المبيع من وراء الزجاج، فإنه لا يكفي لأن المطلوب نفي الغرر و هو لا يحصل بذلك لأن الشيء من وراء زجاج يرى غالبا على خلاف ما هو عليه».

و جاء في المجموع:[3]« إذا رأى المبيع من وراء قارورة هو فيها لم يكف، بل هو بيع غائب، لأن المعرفة التامة لا تحصل به و ليس فيه صلاح له» .

- الرؤية في المرآة:

جاء في تحفة الفقهاء[4]:« لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا: لا يسقط خياره، لأنه ما رأى عين المبيع و إنما رأى مثاله».

---

[1]- خالد عبد الله المصلح،الحوافز التجارية والتسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 124.

[2]- الشربيني،مغني المحتاج،مرجع سابق، 65/1.

[3]- النووي،المجموع، مرجع سابق، 291/9.

[4]- السمرقندي،تحفة الفقهاء، مرجع سابق، 88/2.

و في الفتاوى الهندية[1]:« و لو رأى ما اشتراه من وراء زجاجة أو في مرآة....فليس برؤية و هو على خياره» .

و عليه فالصورة بالمرآة أو من خلف الزجاج تشبه الصورة الثابتة و المرئية و لم يعدّها الفقهاء رؤية حقيقية للمبيع كالرؤية بالعين المجرّدة، و إنّما هي رؤية مثاله أو ما يشبهه لعلّة عدم حصول العلم التام بالمبيع و عدم انتفاء الغرر[2]، كما أنه قد تتفاوت هيأته بتفاوت المرآة، و هذا يتعارض مع قدرة المشتري على تعيين المبيع تعيينا نافيا للجهالة[3].

و بالتالي يثبت له خيار الرؤية إذا جاء المبيع بخلاف الوصف، إلاّ أنه قد ترد بعض الاستثناءات في العقد الالكتروني منها[4].

1- العقود التي ترد على السلع و الخدمات التي يتغيّر سعرها مع تقلبات السوق المالي، لأن البائع يكون ملزما بردّ المبلغ الذي تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد، و هو ما قد يكون مخالفا لسعر السلعة وقت ردّ هذا المبلغ للمشتري بالارتفاع أو الانخفاض.

2- العقود الواردة على السلع التي يتم تصنيعها للمستهلك خاصة وفق متطلبات معينة قد طلبها هو، مثل هو الحال في برنامج كمبيوتر تم برمجته بطريقة معينة وفق طلب المشتري.

3- العقود الواردة على التسجيلات السمعية و البصرية وبرامج الكمبيوتر، بشرط أن يكون المشتري قد قام بنزع الغلاف الخاص بالتسجيل السمعي أو البصري، أو قام بنزع الغلاف الموجود على اسطوانة الكمبيوتر التي يوجد عليها البرنامج، و ذلك خشية أن يكون المشتري قد قام بعمل نسخة من اسطوانة برنامج الكمبيوتر.

---

[1]- الشيخ نظام،الفتاوى الهندية،مرجع سابق، 63/3.

[2]- سلطان الهاشمي، التجالرة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 203.

[3]- عمر محمد عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص 863.

[4]- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت،مرجع سابق، ص (324-329).

3- السلع الالكترونية التي يتم شراؤها عبر الانترنت، حيث يقوم المشتري بتحميلها على الكمبيوتر الخاص به، فإذا قام المشتري بشراء كتاب أو برنامج كمبيوتر من موقع ما على شبكة الانترنت و قام بتحميله على جهاز لا يثبت له خيار الرؤية.

المطلب الثالث: خيار التدليس

و يشتمل على الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريفه و حكمه

أمّا كلمة خيار فقد سبق معرفة معناها، و أما كلمة التدليس فأصلها من (الدّلس) و هو الظّلمة، فلان لا يدالس و لا يوالس،أي لا يخادع و لا يغدر و المدالسة المخادعة[1].

و أمّا اصطلاحا فقد عرّف الفقهاء خيار التدليس بعدّة تعريفات منها:

حيث جاء عند المالكية: « التدليس في البيوع هو كتمان عيب السلعة على المشتري وفت العقد»[2].

و أمّا في المغني: « دلس العيب أي كتمه عن المشتري مع علمه به، أو غطاّه عنه بما يوهم المشتري عدمه»[3]، أو هو كتمان العيب في السلعة عن المشتري بما يزيد به الثّمن[4].

و يظهر من خلال هذه التعاريف أن هناك فرق بين التدليس و العيب، فالعيب نقص في قيمة المبيع يقتضي العرف السلامة منها، أما التدليس فهو تصرف البائع في المبيع بما يزيد به الثّمن أو يحدث في السلعة ما يوهم زيادتها أو جودتها[5]، و ليس من التدليس ما يقصد به تحسين المبيع و ترتيبه

---

[1]- الفيومي، المصباح المنير،مرجع سابق، 198/1.

[2]- النفراوي ، الفواكه الدواني،مرجع سابق، 80/2.

[3]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 234/6.

[4]- ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 81/4.

[5]- سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 188.

و تزيينه بقصد صيانته أو شدّ الأنظار إليه لأن ذلك لا يوهم الكمال[1]، فالتدليس ليس لدفع النقص بستر العيب، بل لتحصيل الزيادة بإيهام الكمال[2] مع زيادة الثمن.

حكمه: اختلف الفقهاء في صحة العقد و ثبوت الرّد في خيار التدليس على رأيين:

– **الرأي الأول**: التدليس حرام و العقد صحيح و يثبت للمشتري خيار الرّ د و هو قول فقهاء المالكية[3] و الشافعية[4] و الحنابلة[5] و قول عند الحنفية[6].

و استدلوا بما صح عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: «....**وَلاَ تُصَرُّوا الغَنَمَ، وَمَنِ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا، إنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ**»[7].

ووجه الدلالة أن هذا تدليس بما يختلف به الثمن، فوجب الرّد به، و إتباع قول رسول الله صلى الله عليه و سلم أولى[8].

– **الرأي الثاني**: لا يثبت للمشتري الرّد من غير شرط و هذا رأي فقهاء الأحناف و المعتمد عندهم[9].

واستدلوا بأن مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع و بقلّة اللّبن لا تنعدم السلامة، لأن اللّبن مجرّد ثمرة و بعدمها لا ينعدم صفة السلامة، وأما الحديث فإنما يقبل من أحاديث أبي هريرة رضي الله عنه ما لا

---

[1]– أبو غدّة،الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 598.

[2]– المرجع نفسه، ص 603.

[3]– الحطاب، مواهب الجليل،مرجع سابق، 163/9، النفراوي،الفواكه الدواني، مرجع سابق، 6/(80، 81).

[4]– النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 466/3.

[5]– ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 220/6، ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 81/4، البهوتي، كشاف القناع،مرجع سابق، 213/3.

[6]– و هو قول أبو يوسف، السرخسي، المبسوط،مرجع سابق، 38/13، ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 44/5.

[7]– سبق تخريجه، ص176.

[8]– ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 6/(216، 217).

[9]– السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 38/13، ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 44/5.

يخالف القياس، فأمّا ما خالف القياس الصّحيح، فالقياس مقدم عليه لأنه ظهر تساهله في باب الرواية[1] .

فالتدليس هو أمر خارجي يحصل بالتلبيس على المتعاقد بوسيلة قولية أو فعلية، غير أنه يمكن تخصيص لفظ التدليس بالفعل الواقع على المبيع، لأنه نتيجة فعل يقوم به البائع في المحل(المبيع)، وأما ما يصدر من البائع مباشرة إلى المشتري من قول لخلبه و خداعه تغريرا، فما كانت وسيلته فعليه يسمى تدليسا، و ما كانت وسيلته قوليه تسمّى تغريرا[2]، و الأولى الربط بين التدليس و التغرير لوحدة لوحدة معناهما.

الفرع الثاني: التدليس الفعلي

وهو أن يفعل البائع بالمبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد[3] و من صور التدليس الفعلي الفعلي المعاصرة ما يسمّى ببيع السّلع المقلّدة، حيث انتشرت عمليات التقليد (الماركة) أو (الموديل) للسلع موضوع المعاملات الالكترونية، و يتم هذا التقليد بوضع سلعة أو منتج ما بنفس الشّكل أو الاسم أو العلامة التجارية للمنتج الأصلي بحيث يلتبس الأمر على المشتري الذي يعجز غالبا عن اكتشاف عملية التقليد نظرا لإتقانها[4]، و من أهم أشكال التقليد ما يلي:

أولا: تقليد العلامات التجارية

و هي الشعار الذي يتخذه التاجر أو الصانع لتمييز منتجاته أو بضائعه من المنتجات و البضائع الأخرى[5].

---

[1]- السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 13/(39، 40).

[2]- أبو غدّة، الخيار وأثره في العقود،مرجع سابق، ص 618.

[3]- الحطاب، مواهب الجليل،مرجع سابق، 349/6.

[4]- جمال زكي، البيع الالكتروني للسلع المقلّدة عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 101.

[5]- منير و ممدوح الجنبيهي، العلامات و الأسماء التجارية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 43.

و تشمل العلامات التجارية علامات مواقع الانترنت، و علامات المعارض الالكترونية مثل صفحات الويب و قد تتمثل العلامات التجارية من الأسماء المتخذة شكلا معيّنا أو الإمضاءات أو الأرقام و الحروف و عناوين المحال...الخ[1].

ثانيا: تقليد التصميم و النموذج الصناعي

يعرّف التصميم الصناعي بأنه كل ترتيب لخطوط جسم بالألوان أو بدونها لاستخدامه في الإنتاج الصناعي، مثل الرسوم على الأقمشة، أو الأواني...[2].

وأمّا النموذج الصناعي فهو القالب الخارجي ا لجديد الذي تصب فيه السلعة أو يتخذه حجم المنتج مثل: الشكل الخارجي لقطع الأثاث، و نماذج السيارات،[3] و يتم التقليد بأن يعرض البائع عبر الانترنت على المشتري سلعة ما في نموذج معيّن أو تصميم معيّن يشبه نموذج أو تصميم سلعة أخرى ليضلل المشتري و يدفعه للتعاقد، خاصة و أن التقنيات الحديثة قد مكنت مستخدمي الانترنت من استغلال الإمكانيات المتاحة في الدمج بين الصوت و الصورة و النص المكتوب مما يسهل كثيرا على المقلدين إتقان هذه العملية[4].

ثالثا: تقليد المصنّفات

المصنف هو كل عمل مبتكر كان أدبيا أو فنّيا أو علميا أيّا كان نوعه، أو طريقة التعبير عنه أو أهميّته أو الغرض من تصنيفه[5]، و أكثر المصنفات عرضة للتقليد برامج الحاسب الآلي سواء كانت برامج نظم التشغيل، مثل: نظام تشغيل الأقراص المرنة (DOS) والأجهزة المتوافقة معها، أو كانت برامج تطبيقية، و هي التي تقوم بوظيفة أو عمل ما مثل نظام (WINDOWS)نظام

---

[1]- جمال زكي، البيع الإلكتروني للسلع المقلدةعبر شبكة الأنترنت،مرجع سابق، ص 122.

[2]- ثروت علي عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، مصر،ط2، 1996، 235.

[3]- محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، مصر، 554.

[4]- جمال زكي ،البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبرشبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص 115.

[5]- سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، 2002، ص (39-69).

(WORD)[1]، حيث يقوم بصنع نسخ من البرامج تبدوا عند التسويق كالأصل، و قد يكون التقليد كاملا أو جزئيا.

رابعا: صور أخرى لتقليد السلع

من الملاحظ على غالبية السلع اليوم وجود صورة غلاف للسلعة غير المرئية يكتب عليه جميع صفاتها بطريقة علمية سواء ما تعلق بالمكونات والمقادير و تاريخ الإنتاج و الانتهاء والجنس والنوع، وأمّا إذا كانت من نوع واحد فيلزم بيان نوعها و لونها وحجمها و مقاسها، فقد يتعدى التقليد إلى ألوان و أشكال الأغلفة و الأغطية و العلب و الصناديق[2] و بالتالي تكون السلعة مخالفة لما هو موجود في الغلاف، و عليه فكل تدليس يختلف الثمن لأجله يثبت الخيار لأجله[3].

الفرع الثالث: التغرير القولي

هو حق المشتري في الفسخ لتعرضه لأقوال موهمة من البائع دفعته للتعاقد[4] حيث يحصل دون أن يمس ذات المحل أو أيّ تغيير.

إن تنوع المنتجات و تطور حياة الناس و نشاطهم الاقتصادي أدى إلى ظهور خلل في العلاقة بين البائع و المشتري، حيث أظهر ضعف المشتري أمام البائع الذي يملك زمام المعلومة الهامّة و المؤثرة إلى جانب هذا اشتدت المنافسة بين التجار و أصحاب السلع و الخدمات في جذب أكبر عدد ممكن من المشترين، فحملهم ذلك على تطوير أساليب الترويج، و من أهمها الإعلان التجاري،

و يدخل التغرير في الإعلان التجاري من خلال التدليس الذي يحتوي عليه هذا الإعلان و ذلك بعدّة ممارسات منها:

- الادعاء بالتفوّق المطلق لهذه السلعة أو المنتج.
- الوصف الناقص للسلعة و تقديم معلومات مضلّلة و غير دقيقة عنها.

---

[1]- رشا مصطفى أبو الغيط، الحماية القانونية للكيانات المنطقية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص 5.

[2]- جمال زكي ، البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الأنترنت،مرجع سابق، ص 120.

[3]- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 108/4.

[4]- أبو غدّة،الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 117.

- التضليل بمعلومات توحي بأن السعر المعلن عنه مناسب للمشتري و تقديم خصومات شكلية تعود بالسعر إلى مستواه العادي.

و هذا يؤدي إلى توجيه سلوك المشتري و التأثير عليه و الاستحواذ على رضاه من خلال تكوين صورة ذهنية خاطئة لدى المشتري عن السلعة بوسائل مرئية ومسموعة حتى ظهر ما يسمى بالتسويق العصبي، و هو عملية فهم موضع زر الشراء في عقل المشتري[1].

يعرّف الإعلان التجاري بأنه: « استخدام وسائل الإعلان و الدعاية المختلفة في الترويج للسلعة أو خدمة بهدف إقبال الجمهور على اقتنائها»[2].

و ذهب العلماء المعاصرون[3] إلى مشروعية الإعلان التجاري من حيث أصله ما دام ملتزما بالضوابط الشرعية و استدلوا بأدلّة منها:

1- قوله عزّو جلّ ﴿**قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ**﴾[4] أجاز الشرع للإنسان أن يصف نفسه بما فيه من مزايا حميدة كالعلم و الفضل، إذا دعت الحاجة لذلك، أو تعلقت به مصلحة[5] و لذلك فإنه يجوز له من باب أولى أن يمدح سلعته و يثني عليها بذكر خصائصها ومنافعها[6].

2- الإعلان فيه شبه بعمل الدلاّل و هو من يعرّف بمكان السلعة و صاحبها و ينادي في الأسواق عليها، من حيث أن كلا منهما عملية اتصالية إشهارية تهدف إلى التعريف بالسلعة و محاولة إقناع المشتري[7].

1- الإعلانات تضغط على زر الشراء للتحكم بعقولنا عن بعد، صحيفة العرب، العدد 10488، بتاريخ 2016/12/17، ص 18.

2- إبراهيم عبيد علي، العقد الإلكتروني،مرجع سابق، ص 476.

3- خالد بن عبد الله المصلح،الحوافز التجارية والتسويقية واحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 232.

4- سورة يوسف، الآية، 55.

5- القرطبي، الجامع لأحكام القرءان،مرجع سابق، 217/9.

6- خالد بن عبد الله المصلح، الحوافز التجارية والتسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص (233، 234).

7- المرجع نفسه، ص 233.

3- أن الإعلان هو مقدمة لمعاملة تجارية باعتبار حقيقته و ماهيته، و هو معاملة تجارية مستقلة إذا نظرنا إليه باعتبار العلاقة بين المعلن ووكالة الإعلان، فإذا كان الإعلان باعتبار حقيقته و ماهيته مقدمة لمعاملة تجارية كالبيع فإنه يستمدّ مشروعيته من مشروعية هذه المعاملة لأن هذه الأخيرة إذا شرعت و كانت لا تتم إلا بمقدمة معينة فإن هذه المقدمات تكون مشروعة أيضا.

وأما ذا إذا كان الإعلان معاملة مستقلة فإن الأصل في المعاملات الحلّ و الإباحة ما لم يقم دليل على المنع و التحريم[1].

4- أن الحاجة دعت إلى هذه الإعلانات و تعلقت بها المصلحة لاسيما مع واقع الأسواق التجارية المعاصرة التي تشهد تنوعا كثيرا في السلع و الخدمات مما يوقع الناس في حيرة وارتباك و تردد عند اختيار السلع، و لهذا كان في مشروعيته دفع للحرج و التيسير على الناس[2].

5- أن الإعلان ضرورة اقتصادية و تجارية حيث أنه له أثر كبير في تحسين نوعيّة السلع و رفع مستوى الإنتاج و زيادة الطلب[3].

فإذا جاء في الإعلان ما يخالف الواقع و الحقيقة، فإن الأثر المترتب على هذا التضليل في الإعلان هو الخيار للمشتري في إمضاء العقد أو فسخه لما فيه من التغرير بالقول.

و يمكن الاعتراض على هذا بأمرين:

1- أن في الإعلانات التجارية لا يتم ذكر عيوب السلعة، بل مزاياها فقط.

و يمكن الرّد بأن الإعلان ليس بيعا، كما أن ذكر العيوب يتصادم مع القصد من الإعلان ألا وهو إقبال المشتري بذكر مزايا السلعة، و لذلك فإن المطلوب في الإعلان هو ذكر خصائص السلعة

1- علي عبد الكريم محمد المناصير، الإعلانات التجارية مفهومها و أحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات، تخصص أصول فقه، 2007، ص 50.

2- المرجع نفسه، ص 50.

3- المرجع نفسه، ص 51.

بمصداقية بعيدا عن الغش و الخداع، و بعد الشراء يمكن للمشتري تفحص السلعة و ردّها بخيار العيب إن وجد بها عيبا.

2- أن التغرير الموجب للخيار يكون من العاقد نفسه، أما في الإعلان فإن التغرير يكون من الوكالة لا من العاقد و لا عبرة بتغرير الأجنبي عن العقد.

و يمكن الرّد بان الفقهاء استثنوا الأجنبي الذي يعمل للعاقد بطلبه (كالدّلال) حيث يثبت الخيار للمغرر به[1] .

[1]- ابن عابدين، رد المحتار،مرجع سابق، 46/4

الفصل الثاني

آثار العقود الإلكترونية

إن آثار العقود و ما يترتب عليها في العقود التقليدية هي نفس الآثار في العقود الإلكترونية إلاّ أن هذه الأخيرة تتم عبر وسائل إلكترونية، و عليه فإن تنفيذ هذه الالتزامات سوف يختلف، لكن ما يطرح تساؤلات في البيئة الإلكترونية هو كيفية تسليم و قبض المبيع، أما الثمن ففي الغالب الأعم يقوم المشتري بدفعه قبل تسليم المبيع، و ذلك لأن العملية التعاقدية في العرف الالكتروني لا تتم إلا بعد اعتماد وسيلة الأداء المستخدمة لدفع الثمن، و هذا لا يطرح إشكالا إلا في العقود التي يشترط فيها القبض في المجلس لذا سنتناول في هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: القبض في العقود الإلكترونية

المبحث الثاني: أحكام عقد الصرف الإلكتروني

المبحث الثالث: إثبات العقد الإلكتروني

المبحث الأول: القبض في العقود الالكترونية

إنّ مقصود العقود هو القبض و الاستيفاء لما له من أثر في صحّة العقود ولزومها وتمامها وعليه سنتطرق إلى كيفية قبض المعقود عليه في العقد الإلكتروني في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف القبض

ويشمل الفروع الآتية:

الفرع الأول: القبض لغة و اصطلاحا:

القبض لغة من مصدر قبض يقبض قبضا، و يرد في اللغة على عدة معان منها[1]:

– الأخذ: يقال قبض مالي أي أخذته، و القبض: التناول باليد ملامسة، إلا أن التناول للشيء باليد ملامسة، و جمع الكف عن الشيء أخصّ من الأخذ، و القبض بالضاد، الأخذ بجمع الكف، والقبص بالصاد، الأخذ بأطراف الأصابع[2].

– التضييق: و هو خلاف البسط بدليل المقابلة، أي يضيق على قوم و يوسع على آخرين[3]، كما في قوله عز و جل ﴿... **وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ** ... [4]﴾.

– الجمع و الامتناع: قبض اليد على الشيء، جمعها بعد تناوله، و قبضها عن الشيء أي جمعها قبل تناوله و هو الإمساك و منه قوله عزّ وجلّ ﴿ ... **وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ** ... [5]﴾، أي الامتناع عن الاتفاق في سبيل الله و عن كل خيّر[6].

---

1 – ابن فارس، معجم مقاييس اللغة،مرجع سابق، 50/5، الزبيدي،محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس، دار الفكر، القاهرة، باب الضاد 132/10، ابن منظور،لسان العرب، مرجع سابق مادة (قبض)، 213/7، الجوهري، أبونصر إسماعيل بن حماد ،تاج اللغة و دار العلم للملايين، بيروت، 1100/13، الفيومي، المصباح المنير،مرجع سابق، 488/2، الرازي، مختار الصحاح،مرجع سابق، 217/1.

2 – القرطبي،الجامع لأحكام القرءان، مرجع سابق، 240/11.

3 – الشوكاني،محمدبن علي بن محمد، فتح القدير، دار الفكر، بيروت،262/1.

4 – سورة البقرة، الآية 245.

5 – سورة التوبة، الآية 67.

6 – الماوردي، النكت و العيون، تفسير الماوردي، راجعه عبد المقصود ابن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 379/2.

- الإسراع: و منه قوله عزّ وجلّ ﴿ ... **وَيَقْبِضْنَ مَا يُمْسِكُهُنَّ إِلَّا الرَّحْمَنُ** ... [1]﴾، و ذلك لأن الطيّر إذا أسرع جمع نفسه و أطرافه

- الحوز و تأكد الملك: و منه قوله عزّ وجلّ ﴿ ... **وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ** ...[2]﴾، أي بيمينه و تحت قدرته و إحاطته سبحانه[3].

و يستعار القبض لتحصيل الشيء و ا لتصرف فيه و إن لم يكن فيه مراعاة للكف و اليد و تقول: هذا الشيء في قبضة فلان أي: أي في ملكه و تصرفه، و قبضت الدار أي حزتها[4].

أما في الاصطلاح: فقد اختلفت أنظار الفقهاء في تحديد مفهوم القبض تبعا لوجهات نظرهم المختلفة في كيفية تمام القبض و طرقه و في التفريق بين قبض المنقول و قبض العقار وفي مدى العمل بالعرف السائد في ذلك[5]، حيث جاء في البدائع: « أن القبض هو ا لتمكين والتخلي وارتفاع الموانع الموانع عرفا و عادة حقيقية»[6].

وجاء في مواهب الجليل: « أن صورة القبض تحكم فيه العادة، فأما في العقار فتكفي التخلية، وكذلك فيما بيع على الجزاف و ما سوى ذلك فعلى حسب العادة فيه»[7].

و أمّا في المغني فقد جاء : « و قبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا، فقبضه بكيله ووزنه»[8].

و عرّف بعض المعاصرين القبض بتعريفات منها:

---

[1] - سورة الملك، الآية 19.

[2] - سورة الزمر، الآية 67.

[3] - القرطبي، الجامع لأحكام القرءان،مرجع سابق، 278/15.

[4] - الزبيدي،تاج العروس، مرجع سابق، 135/10.

[5] - الجنكو، علاء الدين بن عبدالرزاق،التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة،دار النفائس،الأردن،ط1،2004، النفائس،الأردن،ط1،2004، ص 20.

[6] - الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق 148/5.

[7] - الحطاب،مواهب الجليل، مرجع سابق، 477/4.

[8] - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 238/4.

عرّفه سلطان الهاشمي بقوله : « القبض هو التخلية بين العاقد و المعقود عليه حقيقة أو حكما حسب العرف على وجه يمكن التصرّف فيه»[1].

و عرفه الجنكو بقوله: « هو التخلية أو المناولة من العاقد للمعقود عليه– في غير كطعام — على وجه يتمكن من التسلم بلا مانع و بلا حائل حسب العرف»[2].

و مما سبق يتضح أن المراد من القبض هو التخلية، و الحيازة و التمكين من التصرف من غير حائل و لا مانع يحول بين العاقد والمعقود عليه حسب العرف كل بما يناسبه، عدا مسألة الصرف[3].

ذلك أن القبض لم يرد له في الشرع و لا في اللغة معنى خاصا محدّدا، فكان المرجع فيه إلى عرف الناس فيما اعتادوه تسليما و قبضا للأشياء « إذ القبض مطلق في الشرع فيرجع فيه إلى العرف كالحرز و التفرق»[4].

يقول ابن تيمية[5]: « فما لم يكن له حد في اللغة و لا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس كالقبض»[6].

فالمعتبر في كيفية القبض و حقيقته هو العرف، و بذلك يتضح أن الخلاف الحاصل بين الفقهاء فيما يكون قبضا من عدمه، إنما مرجعه إلى اختلاف الأعراف و بحسب تنوع الأموال[7].

و ينقسم القبض من حيث طريقة القبض إلى قبض حقيقي هو الأخذ باليد و النقل و التحويل[8] ، و قبض حكمي و ذلك يحصل بالتخلية[9].

---

[1] – سلطان الهاشمي، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 447.

[2] – الجنكو،التقابض في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 28.

[3] – هذا ما سنراه لاحقا في المبحث الثاني، ص 242.

[4] – الشربيني، مغني المحتاج،مرجع سابق، 271/2.

[5] – أنظر ترجمته، ص51.

[6] – ابن تيمية، الفتاوى، مرجع سابق، 16/29.

[7] – سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 450.

[8] – المرجع نفسه، ص 447.

[9] – ابن عابدين، رد المحتار،مرجع سابق، 434/8.

الفرع الثاني: صور القبض و مكانه

أولا: صور القبض

إن طرق القبض التي ذكرها الفقهاء و صوره المتداولة في عصورهم تعود في واقع الأمر إلى العرف السائد في زمانهم، و تتجدد صور ا لقبض بتجدّد الأعراف و العادات و تختلف باختلاف الأموال و الأحوال و طبيعة المعاملات، حيث يتم قبض الشيء المستحق قبضه بالطرق الآتية:

1- **القبض عن طريق المناولة باليد:** حيث تعتبر مناولة الشيء المستحق اقباضه إلى مستحقه بيده اقباضا له كالحلي و الجواهر و غيرها... من السلع الممكن تناولها باليد، و هذه أقوى أنواع طرق القبض و أكثرها، فوضع اليد على الشيء حقيقة كأخذه و تسليمه، لأن اليد هي الآلة للأخذ والاستيلاء[1].

ومعنى بعته يدا بيد، أي حاضرا بحاضر، و التقدير: في حالة كونه مادّا يده بالعوض، وفي حالة كوني مادّا يدي بالمعوّض فكأنه قال: بعته في حال كون اليدين ممدودتين بالعوضين[2].

وقد اختلف الفقهاء في استعمال هذا المصطلح على رأيين:

فقال الحنفية[3] أن (يد بيد) هي عينا بعين، فالمراد باليد التعيين، لأن اليد هي الآلة والتعيين يحصل بالإشارة باليد.

وأما الجمهور[4] فيطلقون هذا المصطلح على التقابض بين البدلين في مجلس العقد.

2- **التخلية**

لغة: من مصدر خلى و من معانيها: الترك و الإعراض و الانفراد[5]، و أما اصطلاحا فهي رفع الموانع و التمكين من القبض[1]، و الأصل في التخلية أنها نوع من القبض، حيث يحصل القبض بأمور أخرى

---

[1] – منصور عبد اللطيف منصور صوص، القبض و أثره في العقود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية التعليم العالي، نابلس، 2000، ص 32.

[2] – الفيومي، المصباح المنير،مرجع سابق، 680/2.

[3] – ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 141/6.

[4] – العدوي، حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ البقاعي، دار الفكر، بيروت، ط2، 1994، 141/2.

[5] – الزبيدي، تاج العروس،مرجع سابق، مادة خلا،

أخرى أيضا كالتناول باليد و النقل و الإتلاف[2]، و تكون التخلية من قبل المعطي، و القبض يكون من قبل الأخذ، فإن خلى البائع بين المبيع و بين المشتري برفع الحائل بينهما حصلت التخلية من البائع و القبض من المشتري[3].

ثانيا: مكان قبض المبيع

الأصل في المسألة عند الفقهاء هو أن يسلّم المبيع في المكان الذي وجد فيه حين البيع لاسيما أنه لا معنى للبيع إلا بالتسليم و القبض، لأنه مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب و حقيقته المبادلة في التسليم و القبض لأنّها اخذ بدل و إعطاء بدل[4].

و للمذاهب الأربعة تفصيل في المسألة:

ذكر الحنفية أن مطلق عقد البيع يقتضي تسليم المبيع في المحلّ الذي هو موجود فيه حينئذ[5]، لأن الأصل أن يتم القبض حيث يوجد المبيع[6]، إلا إذا اشترط مكانا معينا فيجب الالتزام به.

و أما فقهاء المالكية فقالوا الأحسن اشتراط مكان القبض، فإذا لم يعيّنا في العقد مكانا فمكان العقد، و إن عيناه تعيّن[7]، و أما المبيع الغائب فقبضه والخروج للإتيان به على المشتري[8]، و هم بذلك يرون أن اشتراط مكان القبض أفضل و يجب الالتزام به عند الاشتراط

و أما الشافعية فعندهم لا يشترط تعيين مكان القبض، و أن تعيين موضع للتسليم جائز، و يجب تعيينه في حالة إذا لم يكن مكان العقد صالحا للتسليم، أو كان صالحا و لنقله مؤنه[9].

---

[1] – ابن عابدين، رد المحتار،مرجع سابق، 479/6.

[2] – الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 244/5، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 244/3.

[3] – المرجع نفسه، 244/5..

[4] – الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 243/5.

[5] – يوسف الأسير، مجلة الأحكام العدلية، مكتبة الآداب، بيروت، 1877، المادة (285).

[6] – الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 81.

[7] – ابن جزي، القوانين الفقهية،مرجع سابق، ص 267.

[8] – الخرشي،شرح الخرشي، مرجع سابق، 36/5.

[9] – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 13/4.

و أما الحنابلة، فمكان التسليم هو مكان العقد إذا كان محلّ إقامة، و لم يكن هناك مانع من عدم الوفاء و إلا اشترط ذكر مكان لتعذر الوفاء في مكان العقد، جاء في كشاف القناع: « ولا يشترط للتسليم ذكر مكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء به.....فيشترط لتعذر الوفاء في موضع العقد» [1].

المطلب الثاني: حقيقة القبض في العقد الالكتروني

إذا كان القبض هو تمكين المتعاقدين من أخذ العوض أو محل العقد، فإن كيفية هذا القبض هي محل خلاف بين الفقهاء، بحسب اختلاف المحل المقبوض، و قبل معرفة كيفية قبض المعقود عليه في العقد الالكتروني يجدر بنا أن نشير إلى حقيقة قبض المعقود عليه في العقود غير الإلكترونية.

يختلف قبض و تسليم الأشياء باختلاف حالها و أوصافها و هي في الجملة نوعان، عقار ومنقول كالآتي:

أولا: كيفية قبض العقار

اختلف الفقهاء في المراد بالعقار على نوعين:

فالمقصود بالعقار عند الحنفية ما له أصل ثابت لا يمكن نقله و تحويله كالدور والأراضي[2].

أما البناء و الشجر فيعتبران من المنقولات إلا إذا كان كانتا تابعين للأرض فيسري عليهما حينئذ حكم العقار بالتبعية[3].

فالبناء و الشجر بانفرادهما عن الأرض يعتبران من المنقولات، و أما مع الأرض فيعتبران عقارا بالتبعية.

و أما عند الجمهور من المالكية[4] و الشافعية[5] و الحنابلة[6]، فالمراد بالعقار هو الأرض و ما اتصل بها بها من بناء و شجر، غير أنه يشترط أن لا يكون هناك مانع حسي و لا شرعي[1].

---

[1] – البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 306/3.

[2] – المادة 129 من مجلة الأحكام العدلية.

[3] – ابن عابدين، رد المحتار،مرجع سابق، 83/7.

[4] –الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 145/3، الخرشي،شرح الخرشي، مرجع سابق، 164/6.

[5] – الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 71/2.

[6] – البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 235/3.

وقد اتفق الفقهاء[2] على أن قبض العقار يكون بالتخلية بينه و بين العاقد، و تمكينه من التصرف فيه[3]، و اشترط الحنفية ان يكون العقار قريبا، و إذا كان له قفل فيكفي في قبضه تسليم المفتاح مع تخليته، بحيث يتهيأ له فتحه من غير تكلف[4]

و استدلوا: بأن القبض في العقار لا يمكن إلا بالتخلية بينه و بين العاقد، و القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، و العرف فيما ينقل النقل، و فيما لا ينقل التخلية[5].

ثانيا: كيفية قبض المنقول

المراد بالمنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، فيشمل النقود و العروض، والحيوانات والمكيلات و الموزونات[6]

و اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول على ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: قبض المنقول يحصل بالتخلية و هو رأي فقهاء الحنفية[7] و قول عند الشافعية[8] واستدلوا بأدلة منها:

---

[1] – سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 451

[2] – الشيخ نظام،الفتاوى الهندية، مرجع سابق، 18/3، ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 561/4، الحطاب،مواهب الجليل، مرجع سابق، 477/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 145/3، النووي، المجموع، مرجع سابق، 276/9، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 515/3، الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 71/2، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 6/ (187، 188)، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 543/2.

[3] – و ألحق بعضهم قبض الثمر على الشجر بالعقار في اعتبار التخلية لحاجة الناس إلى ذلك و تعارفهم عليه، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام ،مرجع سابق، 84/2، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 235/3.

[4] – ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 96/7.

[5] – الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 244/5، النووي، المجموع، مرجع سابق، 275/9، الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 71/2.

[6] – مادة 128 من مجلة الأحكام العدلية

[7] – الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 244/5، ابن عابدين،رد المحتار،مرجع سابق، 562/4.

[8] – النووي، المجموع، مرجع سابق، 276/9، و في روضة الطالبين، 376/5، التخلية في المنقول قبض.

1- أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالما خالصا، لا يشاركه فيه أحد و هذا يحصل بالتخلية[1]، كما في قوله و جل ﴿ ... **وَرَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ**... ﴾[2].

2- تسليم المبيع (الثمن و المثمن) واجب على العاقد، و من عليه الواجب لا بد أن يكون له سبيل للخروج من عهدة ما وجب عليه، و الذي في وسع العاقد التخلية و رفع الموانع، فأما الإقباض فليس في وسعه، لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، و هذا لا يجوز[3].

3- الاستيلاء على الشيء يكون بالتخلية و هو المقصود بالقبض، و قد حصل بها[4].

و نوقش هذا الاستدلال: بأن التخلية تتحقق فيما لا ينقل كالعقار و الشجر، أما سوى ذلك فالقبض فيها بحسب العرف، فإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد، و إن كانت ثيابا فقبضها نقلها و إن كان حيوانا فقبضه تمشيته[5]

القول الثاني: قبض المنقول يحصل بالتخلية مع التمييز، و هي رواية عن الإمام أحمد[6] و استدلوا بأدلة بأدلة منها:

1- أن التخلية مع التمييز يحصل به التمكين من القبض، و لهذا ينتقل الضمان في بيع الأعيان المتميزة بمجرّد العقد لحصول التمكن من القبض[7].

2- أن الذي يجب على البائع التمييز و التخلية و هو التسليم، و أما النقل فواجب على المشتري، و يدل على ذلك أن شراء الثمر في رؤوس النخل ينتقل الضّمان فيه بمجرّد انتهاء الثمر إلى أوان أخذه و صلاحيته سواء قطعه المشتري أو لم يقطعه[1].

---

[1] - الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 244/5.

[2] - سورة النحل الآية، 29.

[3] - الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 244/5.

[4] - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 111/4.

[5] - المرجع نفسه، 187/6.

[6] - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 6/ (186، 187)، ابن مفلح،المبدع، مرجع سابق، 122/4.

[7] - ابن رجب، عبد الرحمن،القواعد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 55.

القول الثالث: فرق جمهور الفقهاء[2] بين ما يقبض باليد عادة و بين ما يعتبر فيه تقدير بالوحدة القياسية العرفية، و بين ما لا يعتبر فيه تقدير بالوحدة القياسية العرفية، و استدلوا لكل نوع على النحو الآتي:

النوع الأول: إذا كان المنقول مما يتناول باليد عادة، كالجواهر و النقود و الأمتعة و العروض فقبضه يحصل بالتناول.

و استدلوا: بأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف، و العرف قاض يقبض هذه الأشياء بالتناول[3]،لكن القبض كما يحصل من بعض الأشياء بالتناول يحصل أيضا بالتخلية مع التمكين[4].

النوع الثاني: إذا كان المنقول مما يعتبر فيه تقدير بالوحدة القياسية العرفية، كأن يقدر المبيع بالعدّ، أو الذراع، أو الكيل، أو الوزن...و يحصل القبض في هذا النوع باستيفائه بما يقدّر فيه من كيل أو وزن أو ذراع أو عدّ[5].

واستدلوا على أحاديث منها:

1- حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا، فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ**»[6]

---

[1] - المرجع السابق، ص 56.

[2] - الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 467/2، النووي، المجموع، مرجع سابق، 9/ (276، 277)، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 6/ (186، 187)، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 247/3، الحطاب، مواهب الجليل،مرجع سابق، 6/ (413، 414).

[3] - النووي، المجموع، مرجع سابق، 276/9، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 247/3.

[4] - سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 454.

[5] - النووي، المجموع، مرجع سابق، 276/9، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 6/ 186.

6-رواه البخاري في صحيحيه، كِتَابُ البُيُوعِ، بَابُ الكَيْلِ عَلَى البَائِعِ وَالمُعْطِي، رقم الحديث: [2126]،67/3 ،ومسلم في صحيحه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ بُطْلَانِ بَيْعِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ،بَابُ بُطْلَانِ بَيْعِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، رقم الحديث: [32]، 1160/3.

2- حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: «**إِذَا بِعْتَ فَكِلْ، وَإِذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ**»[1].

ووجه الدلالة من هذين الحديثين: أن من اشترى طعاما مكايلة فلا يكفي للقبض النقل و التخلية، بل يشترط الاكتيال فيما قدّر بالكيل حتى يصح القبض و يتم، و يقاس عليه غيره مما بيع بالوحدة ا لقياسية العرفية كالعدّ و الوزن و الذراع...[2]

و نوقش هذا الدليل: بأن الحديث ليس دليلا على أن قبض المكيل يحصل بالكيل، و إنما معناه إذا بعت فكل أي فأوف، و إذا ابتعت فاكتل أي فاستوف، و في القبض معنى زائدا على الاستيفاء، إذا القبض معناه التناول و الأخذ، فهو قد يستوفيه بالكيل، لكن لا يقبضه المشتري، بل يحبسه عنده لينقده الثمن مثلا[3].

النوع الثالث: إذا كان المنقول مما لا يعتبر فيه تقدير بالوحدة القياسية العرفية و ذلك مثل أن يكون المبيع غير موزون، ولا معدود، ولا مكيل، إما لعدم إمكانه كالأمتعة، و الدواب، أو مع إمكانه، لكنه لم يراع فيه كالبيع جزافا[4]، و قبض هذا النوع يحصل بالنقل و التحويل عند المالكية[5]، و الشافعية[6]، و الشافعية[6]، و الحنابلة[7].

و استدلوا بأدلة منها:

1-رواه البخاري في صحيحيه، كِتَابُ البُيُوعِ، بَابُ الكَيْلِ عَلَى البَائِعِ وَالمُعْطِي، 67/3.

2 - النووي، المجموع، مرجع سابق، 278/9، الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 73/2.

3 - النووي، المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 168/10.

4 - بيع الجزاف: هو بيع ما يوزن أو يكال أو يعدّ جملة، بغير وزن و لا كيل و لا عدّ، حيث يكتفي فيه بالمشاهدة فقط، المناوي،محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعريف، عالم الكتب، القاهرة، 1990، ص 125.

5 - الحطاب،مواهب الجليل، مرجع سابق، 477/4.

6 - النووي، المجموع، مرجع سابق، 9/ (276، 277)، الشربيني، مغني المحتاج،مرجع سابق، 72/2.

7 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 187/6، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 247/3، المرداوي، الإنصاف،مرجع سابق، 469/4.

1- حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «**وَكُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا، فَنَهَانَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ**»[1]، ووجه الدلالة: أن الحديث يبيّن كيفية قبض الطعام إذا بيع جزافا، و هو نقله من مكانه الذي هو فيه إلى المحل و لا يختص به البائع، وقيس على الطعام غيره من المنقولات[2].

و نوقش هذا الاستدلال: بأن الحديث مقيد بالطعام فلا يقاس عليه غيره، و قد خص النبي صلى الله عليه و سلم الطعام بالذكر عند النهي، فذلك دليل على أن الحكم في ما عداه بخلافه، وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة[3].

وأجيب عن هذه المناقشة: بأنه إذا نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع كثرة الحاجة إليه وعمومها فغير الطعام بطريق أولى[4].

2- أن القبض مطلق في الشرع: و لم يرد نص صريح في بيان معناه، فيجب الرجوع إلى العرف والعرف قاض بقبض مثل هذه الأشياء بالنقل و التحويل[5].

و يظهر أن الشرع لم يحصر كيفية القبض في طريقة معيّنة، بل ترك الأمر لأعراف الناس و عاداتهم بحسب اختلاف الأمكنة و الأزمنة، فإذا تعارف الناس على أن القبض يحصل بالتخلية في بعض أنواع المعقود عليه كان ذلك قبضا معتبرا، و إذا تعارفوا على أن القبض يحصل بالنقل و التحويل أو بالقبض الحكمي، فإنه يتحقق به ويرتب عليه الشرع آثاره[6].

---

[1]- رواه مسلم في صحيحه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ بُطْلَانِ بَيْعِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، رقم الحديث: [34]، 1161/3.

[2] - الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 72/2.

[3] - السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 7/19.

[4] - ابن القيم، تهذيب السنن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1995، 278/9.

5 - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 274/3، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 126/4.

[6] - سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 457.

و قد أشار ابن عابدين[1] : « إلى أن الناس لو تعارفوا على بيع شيء بالوزن مع أنه كان النص الوارد فيه أن يباع بالكيل، فإن هذا العرف الأخير معتبر... لأن النص في ذلك الوقت إنما كان للعادة...فحيث كانت العلة للنص على الكيل في البعض و الوزن في البعض هي العادة، تكون العادة هي المنظور إليها، فإذا تغيّرت تغيّر الحكم فليس في اعتبار العادة المتغيّرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه إتباع النص »[2].

فالنصوص التي ساقها الفقهاء، تدل على النهي عن بيع المبيع قبل قبضه، و لا تعتبر حصرا لطرق القبض، أو أنّ ما عداها ليس قبضا[3].

و من خلال عرض أقوال الفقهاء يظهر أن الرأي القائل بأن القبض يحصل بالتخليّة مع التمييز هو مناسب للعقود الإلكترونية التي تجري عبر الوسائل المستحدثة، لأن المبيع غائب عن مجلس العقد فقبضه يحصل بالتخلية مع تمييزه عن غيره برقم أو علامة تميز المبيع عن غيره[4]، أو بكتابة أسمائهم على على الأوراق الرسميّة و الفواتير خاصة و أن هذه السلع موجودة في المستودعات و المخازن والموانئ جاهزة للنقل، و قد رجح المجمع الفقه الإسلامي حصول القبض بالتخلية ولو لم يوجد القبض حسّا، حيث جاء في القرار[5]: « قبض الأموال كما يكون حسيّا في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل، أو التحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتبارا أو حكما بالتخلية مع التمكين من التصرف، و لو لم يوجد القبض حسّا، و تختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضا لها »، غير أنه يتم تعجيل الثمن و تأجيل السلعة في العقد الإلكتروني.

---

[1] – هو الأمام محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي فقيه الشام و إمام الحنفية في عصره، توفي سنة 1252هـ، من أشهر مؤلفاته، حاشية رد المختار على الدّر المختار، الزركلي، الأعلام، مرجع سابق،42/6.

[2] – ابن عابدين،رد المحتار،مرجع سابق، 118/2.

[3] – سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 457.

[4] – المرجع السابق، ص 458.

[5] – مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، الجزء الأول، بشأن القبض، صوره و بخاصة المستجدة منها و أحكامها، 1410، 1990، رقم 55، ص 771.

و انطلاقا من هذا، فالتأخير في التسليم و القبض إنما هو من مقتضيات التجارة الإلكترونية و ليس مقصودا لذاته، و إنما هو لمصلحة البائع لحاجته إلى بعض الوقت لتنظيم الأمور الإدارية والبروتوكولية بعد دفع المشتري الثمن لإعداد المبيع حسب المواصفات المرغوبة خاصة وأن السلع موضوع التعامل لا تكون حاضرة، إنما تجري المبادلات إما وفقا لنماذج معينة، أو بناء على تسمية صنف متفق عليه مسبقا، كما أن البضائع ليست عينية، إنما يمكن أن تحل أي كمية من نوع معين محل كمية أخرى من ذات النوع.

و الضرر المتوقع من تأخير التسليم للمبيع محدود و لمصلحة حقيقية فيه لا وهمية، حيث جاء في أعلام المتوقعين: « و قد اتفق الأئمة على جواز تأخير التسليم، إذا كان العرف يقتضيه كما إذا باع مخزنا له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم أو أيام، فلا يجب عليه جمع دواب البلد و نقله في ساعة واحدة».[1]

المطلب الثالث: كيفية القبض في العقد الإلكتروني

بتطبيق ما تقرّر في بيان معنى القبض و كيفيته في التعاقد غير الإلكتروني، على العقود الإلكترونية، نجد أن المعقود عليه في العقد الالكتروني إما أن يكون سلعة إلكترونية أو عينية، أو أسهم، أو عقارات، أو ثمن، و سنتناول هذه الأنواع بالتفصيل:

أولا: قبض السلع الإلكترونية: حيث يتم العقد عبر الوسائط الإلكترونية، كما يتم تسليم المعقود عليه بالطرق الإلكترونية دون الحاجة للبيئة المادية، و يسمى بالتسليم الالكتروني أو الافتراضي[2]، و نطاق هذه السلع يشمل: السلع السمعية البصرية(الأفلام، الألعاب، الصور) ، وخدمات السفر كبطاقات ركوب الطائرة، و حجز الفنادق، و الصحف و المجلات، الكتب الرقمية، خدمات تكنولوجيا المعلومات، و البرمجيات[3] و هذه الأنواع ليست على سبيل الحصر.

---

[1] – ابن القيم،أعلام الموقعين، مرجع سابق، 2/(8، 9).

[2] – ناصر محمد عباس، الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع،مرجع سابق، ص 290.

[3] – سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 199.

و يتحقق قبض المعقود عليه في هذا النوع من السلع بالنقل و التحويل من الجهاز الالكتروني للبائع إلى جهاز المشتري[1]، أو عن طريق تنزيل السلع و تحميلها مباشرة على جهاز المشتري أو تمكينه من الدخول إليها و الاستفادة منها حسب العقد، أو عن طريق إرسالها عبر البريد الإلكتروني للمشتري[2].

و الدليل على أن قبض مثل هذا النوع من السلع يكون بالنقل، و التحويل، أو التحميل المباشر، أو الإرسال عن طريق البريد الالكتروني، و هو جريان العرف على ذلك، إذ لا يمكن الاستفادة منها إلا بنقلها إلى جهاز المشتري، و لا تعدّ في العرف الإلكتروني مقبوضة و هي لا تزال في حوزة البائع[3]، و هذا الرأي بناء على قول المالكية في قبض المنقول مما لا يعتبر فيه تقدير، فالمرجع فيه إلى العرف[4]، و العرف جاء بقبض مثل هذه الأشياء على ما ذكر سابقا.

ثانيا: السلع العينية

حيث يتم إبرام العقد عبر والوسائط الإلكترونية، و أما طريقة قبض المعقود عليه وتسليمه، فتتم خارج الوسائط الإلكترونية، و هي تشمل الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية كالأجهزة، و الآلات ،و الأدوات، و السيارات، و الكتب، و نحوها.

و يتحقق قبض مثل هذا النوع بالطرق التالية:

1- توكيل البائع بالقبض: و ذلك بأن يخلي البائع بين السلعة و المشتري مع تميزها عن غيرها برقم (رقم الجهاز أو المحرّك) أو أي علامة خارجية ظاهرة أي الصفات الكاشفة وتبقى عند البائع حتى تتسلمها شركة الشحن، فتكون السلعة بعد تمييزها برقم أو علامة أمانة عند البائع و تنقلب يده عليها

---

[1] - المرجع نفسه، ص 459.

[2] - الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت،مرجع سابق، ص 199.

[3] - سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامهافي الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 459.

[4] - الخرشي،شرح الخرشي، مرجع سابق، 158/5.

من يد ضمان بعد البيع و قبل التسليم إلى يد أمانة، لأنه خل بين المشتري و السلعة فإن شاء تسلمها، لكنه لم يشأ و تركها عند بائعها[1].

2- توكيل شركة الشحن بالقبض: حيث أن عقد الشحن يعتبر توكيلا بأجر لشركة الشحن بالاستلام و التسليم، بل و يطلق على هذه الشركات أسم وكالات الشحن، ففي هذه الحالة يعتبر متسلما للبضاعة في ميناء التصدير و تدخل في ضمانه.

3- قبض المستندات باسم القابض مثل بوليصة الشحن (سند الشحن)، و شهادات المخازن، فسندات الشحن هي مستند ووثيقة تثبت إرسال الشحنات في زمن محدّدو توصف نوع الشحنة و الجهة المرسل إليها، و مكان الشحن، و مكان التفريغ، و هي تمثل مستند تملك البضاعة و بدونها لا يستطيع المستورد استلام البضاعة لأنها سند ملكية،و تستخدم كأداة أمام البنوك لسداد الديون[2].

و أما شهادات المخازن، فتحرر بعد أن تودع البضائع لدى المخازن، و يعدّ حامل سند الخزن حائزا لهذه البضاعة، كما له أن يتقدم لإدارة المخزن لاستلام البضاعة[3]، و لكن يشترط حصول التعيين للسلع و البضائع و المعدّات و تمكين القابض من التصرف بها لأن هذا السند يمثل البضاعة في العرف التجاري، و يعتبر المشتري قابضا لها، و إن لم يتم التسلّم الفعلي[4]، و هذا يشمل التسليم ملحقات الشيء و ذلك حسب طبيعة الأشياء و العرف ومنها المستندات التي توضح كيفية العمل و المعدّات و البرامج و غيرها، إلا أنه يجب تجنب الصورية في التعامل بمستندات فقط دون وجود سلع.

4- القبض الحكمي: يقوم القبض الحكمي مقام الحكم الحقيقي في أحكامه و آثاره و يتصل بتسجيل المنقولات التي تحتاج تسجيل في السجلات المعتبرة نظاما و قانونا، كتسجيل السيارات

---

[1] - الضريرمحمد الأمين الصديق ، القبض صوره و بخاصته المستخدمة منها و أحكامها، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، 486/1.

[2] - محسن شفيق، الوسائط في القانون التجاري المصري البيوع البحرية و الشحن، مطبعة اتحاد الجامعات، ط2، 38/2.

[3] - المرجع نفسه، 38/2.

[4] - السالوس،علي أحمد، فقه البيع و الاستيثاق و التطبيق المعاصر، دار الثقافة، قطر، 2003، ط1، 389/1.

والطائرات و المعدات[1]، حيث يتوقف نقل الملكية فيها على تسجيل المبيع باسم المشتري في سجلات خاصة لها في دوائر حكومية مختصة.

فإذا تمت أركان التسجيل بكاملها تعتبر المركبة عندئذ مسلمة حكما للمشتري و بقوة القانون، وترتب عليه آثاره.

ثالثا: الأسهم السهم يمثل نصيبا عينيا أو نقديا في رأس مال الشركة، قابل للتداول يعطي مالكه حقوقا خاصة ويتضمّن المعلومات و البيانات الآتية: اسم الشركة، و مقدار رأس مالها، و رقم السهم و قيمته الاسمية، و اسم صاحبه إذا كان سهما اسميا، أو يكتب فيه لأنه لحامله[2].

و يحصل قبض الأسهم بحسب نوعيتها، فالأسهم الاسمية هي التي يوضع اسم مالكها عليها و تنتقل ملكيتها بنقل قيدها في سجل المساهمين[3] في دفاتر الشركة، أو في سجلات هيئات أسواق المال[4]، و لا يحتج تجاه الشركة بانتقال الأسهم إلا بعد تسجيلها في سجل المساهمين الموجود في الشركة[5].

و أما الأسهم التي تكون لحامله أي لا تحمل اسم مالكها فيحصل قبضها بتسليم الصك لحامله، وتتداول بالتسليم من يد إلى يد دون الحاجة إلى التنازل في دفتر الشركة، لأن حامل السهم هو المالك في نظر الشركة و حيازة السهم دليل على الملكية، و قد ذهب بعض المعاصرين[6] إلى تحريم هذا النوع من الأسهم لأن فيه جهالة و غرر بسبب عدم تحديد المشتري الذي يكون شريكا في الشركة، و يعتبر السهم من المنقولات المعنوية أو القيم المنقولة[7].

رابعا: قبض العقار

---

[1] - سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 460.

[2] - أحمد بن محمد الخليل، الأسهم و السندات، و أحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، ص 48.

[3] - المرجع السابق، ص 48.

[4] - سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 460.

[5] - فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، دار مكتبة التربية، بيروت، 1977، 145/4.

[6] - أحمد بن محمد خليل، شرح القانون التجاري،مرجع سابق، ص 177.

7 - المرجع نفسه، ص 99.

يتحقق قبض العقار إما بالقبض الحقيقي بالتخلية و التمكين من التصرف، أو بالقبض الحكمي و ذلك بتسجيل العقار عبر الوسائط الإلكترونية في السجلات المعتبرة نظاما و قانونا، ولكن السؤال المطروح هل يعتبر تسجيل العقار في الشهر العقاري قبضا؟.

الشهر العقاري هو الكتابة الرسمية التي تحصل وفق إجراءات نظامية محدّدة اعتمدتها الدولة[1].

ومن خلال النظر في كلام الفقهاء المعاصرين[2]، نجد أن بعضهم قد ذهب إلى أن التوثيق عند كتابة العدل (الموثق) لا يعتبر قبضا، لأن عمل كاتب العدل ليس إلا إشهارا للعقد ومثبتا له تجاه الغير وليس تسليما و لا قبضا.

و ذهب آخرون إلى أن التسجيل العقاري يعتبر قبضا يقول مصطفى الزرقا: « يجب الانتباه اليوم إلى انه في البلاد التي يوجد بها سجل و نظام عقاريات، بحيث تكون قيود السجل هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية و انتقالها كما في بلادنا، يعتبر تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري في حكم التسجيل الكافي، و لو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر لأن ذلك قيد السّجل، عندئذ يفي عن التسليم الفعلي، و يقطع علاقة البائع فيصبح أجنبيا و على هذا استقر اجتهاد محكمة التمييز السورية، وإذا ظلّ بائع العقار شاغلا له بعد التسجيل و ممتنعا عن تفريغه وتسليمه، تنزع عنه يده بقوة القضاء، كما لو شغله غصبا بلا حق بعد التسليم»[3]،

و يقول من موضع آخر: « و ذلك لأن نظام السّجل العقاري أغنى عن قبض العقار»[4]، و ذلك لأن القبض لم يرد له تحديدا في الشّرع، فيصار في تحديده إلى العرف، و قد جرى العرف في بعض البلدان على اعتبار التسجيل قبضا و تسليما، بالإضافة إلى صدور قوانين من بعض الدول تؤيد ذلك و تؤكد عليه.

و لقبض العقار صور متعدّدة أحدها التسجيل العقاري، و عليه للمشتري أن يقبض العقار بأي صورة يحصل معها القبض المعتبر، إمّا بالتمكين بعد التخلية أو بتسليم المفاتيح أو بالتسجيل

---

[1] – أحمد بن عبد العزيز العميرة، نوازل العقار، دارسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة، دار الميمان، الرياض، ط1، 1432هـ، ص 2000.

[2] – المرجع السابق ،ص (263، 264).

[3] – الزرقا، المدخل الفقهي العام،مرجع سابق، 648/2.

[4] – المرجع نفسه ، 468/1.

العقاري، و على يجوز بيع العقار قبل قبضه حقيقة بالتسجيل العقاري إذا تحققت إحدى صور القبض المعتبرة، لأن التسجيل ليس الصورة الوحيدة للقبض، لكن المصلحة تقتضي اعتبار التسجيل صورة القبض الوحيدة للعقار، ذلك أن الغش و التدليس قد ظهرا جليا في أحوال الناس اليوم و لا سبيل لمنع ذلك إلا بحصر قبض العقار في التسجيل العقاري منعا للغرر[1]، بالإضافة إلى أن لولي الأمر أن يسنّ من التشريعات ما فيه مصلحة الناس و هذا الذي عليه أغلب القوانين الوضعية اليوم.

خامسا: قبض الثمن

تتنوع طرق قبض الثمن في العقود الإلكترونية، و لكن أكثرها انتشارا هي الطرق الآتية:

1- البطاقة الإلكترونية: و القبض في هذه الحالة يتم بالقيد المصرفي في حساب حامل البطاقة إلى حساب التاجر مباشرة، أو عبر البنك المصدر و بالتعاون مع بنك التاجر أحيانا أخرى.

2- النقود الإلكترونية: يسمّى المال الافتراضي أو الدفع الرقمي[2]، و هو عبارة عن نقود معنوية تحمل أرقاما خاصة لها قيمتها و ثمنها لدى المؤسسات مصدر لتلك النقود تجري وفق عمليات القيد الرقمي للبيانات المالية عبر شبكة الأنترنت[3].

و تتلخص الفكرة عمليا في أن الشخص المتعامل يكون لديه حسابان، أحدهما بالنقود العادية، والآخر بالنقود الإلكترونية في ذات البنك، فإذا كان لدى المتعامل بعض النقود الالكترونية على القرص الصلب لحاسوبه فإنه يستطيع شراء بعض الحاجات من أي موقع تجاري عبر شبكة الأنترنت.

وبعد اختيار البضاعة التي يريدها من الموقع التجاري يطلب منه دفع ثمن البضاعة، فيضغط على مرجع الحوار من القرص الصلب على حاسوبه ثم يحدد القطع النقدية التي تتناسب كلية مع المبلغ المطلوب من قبل الموقع التجاري، ثم يقوم برنامج النقد في حاسوب المشتري بإرسال هذه القطع النقدية بأمر منه إلى الموقع عبر شبكة الانترنت، و يزيلها بالكلية من محفظة المشتري الرقمية على القرص الصلب في حاسوبه، ثم يقوم برنامج الموقع التجاري بإرسال القطع النقدية إلى المصرف فورا

---

[1] - العميرة،نوازل العقار، مرجع سابق، ص 269.

[2] - البشكاني،التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 381.

[3] -محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 80.

وينتظر إعلاما بالقبول، قبل إرسال الحاجيات إلى المشتري مع الإيصال[1] بعد أن يضيف المبلغ إلى حساب المتجر البائع.

المبحث الثاني: عقد الصرف الإلكتروني

استجدت في حياة الناس كثير من المعاملات بسبب وسائل الاتصال الحديثة، لاسيما في مجال عقد الصرف، حيث ظهرت صور جديدة للقبض و تطورات كيفيته، و هذا ما سنراه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريف الصّرف، شروطه، و أنواعه

سنتناول في هذا المطلب الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الصرف

أولا: الصرف لغة

ورد الصرف في اللغة بعدّة معان منها[2]:

ردّ الشيء عن وجهه و إبداله بغيره: يقال صرفه يصرفه صرفا إذا ردّه، و منه قوله و جل ﴿ **وَإِذَا مَا أُنْزِلَتْ سُورَةٌ نَظَرَ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ هَلْ يَرَاكُمْ مِنْ أَحَدٍ ثُمَّ انْصَرَفُوا صَرَفَ اللَّهُ قُلُوبَهُمْ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ** ﴾[3].

و من معانيه أيضا: الحيلة و منه تصرّف فلان الأمر احتال و تقلّب فيه.

و من معانيه نافلة: و في الحديث أن النبي صلى الله عليه و سلم ذكر المدينة فقال: « **مَنْ أَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا، أَوْ آوَى مُحْدِثًا، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالمَلاَئِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لاَ يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلاَ عَدْلٌ** »[1].

---

[1] – الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 350.

[2] – ابن منظور،لسان العرب، مرجع سابق، 189/9، الجوهري،تاج اللغة، مرجع سابق، 1385/4، الرازي، مختار الصحاح،مرجع سابق، ص 175، الزبيدي، تاج العروس،مرجع سابق، 24/(11، 12).

[3] – سورة التوبة الآية، 127.

أي لا يقبل منه نافلة و لا فرضا و قيل غير ذلك[2].

كما يعني الصرف الزيادة و الفضل: يقال: لهذا صرف على هذا أي فضل و زيادة، و الصرف فضل الدرهم على الدرهم و الدينار على الدينار، و التصريف في جميع البياعات إنفاق الدراهم، و الصّراف، و الصيرفي، و الجمع صيارفة، تقول صرفت المال أنفقته و صرفت الذهب بالدرهم بعته.

ثانيا: الصرف اصطلاحا

إن المتتبع لعبارات الفقهاء في كتبهم، يجد أن هناك اتجاهان في تحديد مفهوم الصرف الأول لجمهور الفقهاء، و الثاني للمالكية و هو كالآتي:

01- جمهور الفقهاء:

فقد عرّفه الأحناف بأنه: « بيع الأثمان بعضها ببعض»[3].

و أمّا عند الشافعية فهو: « بيع النقد من جنسه أو غيره»[4].

و عرّفه الحنابلة بأنه: « بيع نقد بنقد»[5].

02- تعريف المالكية:

قصر المالكية معنى الصرف على بيع النقدين عند اختلاف الجنس فقط، حيث جاء عندهم أن

---

[1]رواه البخاري في صحيحيه، كتاب فَضَائِلِ المدِينَةِ، بَابُ حَرَمِ المدِينَةِ، رقم الحديث: [1870] 20/3. رواه مسلم في صحيحيه، كِتَابُ الْحَجِّ، بَابُ فَضْلِ الْمَدِينَةِ، وَدُعَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِيهَا بِالْبَرَكَةِ، وَبَيَانِ تَحْرِيمِهَا، وَتَحْرِيمِ صَيْدِهَا وَشَجَرِهَا، وَبَيَانِ حُدُودِ حَرَمِهَا، رقم الحديث: [463]، 994/2.

[2] – ابن حجر، فتح الباري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، ط1، 86/4.

[3] – ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، 209/6، السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 2/74، ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 257/05.

[4] – الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 85/2، الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 443/3.

[5] – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، 262/3، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 29/4، المرداوي،الإنصاف، مرجع سابق، 42/5. .

الصرف هو: « بيع الذهب بالفضة»[1].

و أمّا إن كان النقدان من جنس واحد فإنهم يسمونه بالمراطلة[2] إن كان البيع وزنا و بالمبادلة إذا كان البيع بالعدد[3].

و عند النظر في أحكام المراطلة و المبادلة في الكتب المالكية[4]، نجدها و أحكام الصرف واحدة لأنهم يغلبون المعنى اللغوي في تعريف الصرف، حيث يراد به تحويل الشيء عن وجهه و تغييره، وهذا المعنى لا يكون إلا في بيع الذهب بالفضة و العكس، فهو اختلاف مسميات و ألفاظ فقط، وعليه فالصرف هو مبادلة واقعة على الأثمان بعضها ببعض[5].

و أمّا الصرف عند علماء الاقتصاد فهو مبادلة عملة وطنية بعملة أجنبية، و يطلق على سعر المبادلة أيضا[6]، و على هذا فالصرف في الاقتصاد الوضعي يختلف عن معناه في الفقه الإسلامي، حيث أن مبادلة العملة بأجزائها، و مبادلة العملة بالذهب أو بالفضة لا يعتبر صرفا لدى الاقتصاديين المعاصرين في حين أنه يعتبر صرفا في الفقه الإسلامي، و بهذا يكون مفهوم الصرف في الفقه الإسلامي أعم و أشمل منه في الاقتصاد الوضعي[7].

و بعد التطور الحاصل في مجالات الاتصالات الإلكترونية، ظهر ما يسمى بالصرف الإلكتروني باعتبار وسيلة التعاقد، حيث تصنف بحسب الحالة التي تتم بها، فبعضها يوافق شروط الصرف الشرعية و بعضها لا يوافق، و على هذين الاعتبارين (الوسيلة، و شروط الصرف) تم تعريف الصرف

---

[1] – الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 35/3، ابن جزي،القوانين الفقهية، مرجع سابق، 165/1.

[2] – المراطلة: هي مفاعلة من الرطل، و الرطل بفتح الرّاء و كسرها ، نقول رطل و رطل و هو ما يكال به، الرازي،مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 267، الزبيدي،تاج العروس، مرجع سابق، 78/29.

[3] – الدسوقي،حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 2/3.

[4] – المرجع نفسه، 35/3.

[5] – الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 229.

6 – السالوس، النقود و استبدال العملات، دراسة و حوار، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1987، ص 90.

[7] – مراد بلعباس، قاعدة التقابض في العقود المالية و تطبيقاتها في ا لفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر(01)، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة و القانون، 2015/2014، ص 283.

الالكتروني بأنه: « مبادلة ا لعملات بعضها ببعض، أو مبادلتها بالنقدين، أو مبادلة النقدين بعضها ببعض، عند تحقق شروط الصرف المعتبرة شرعا، عن طريق وسائل الاتصال الحديثة»[1].

أو هو: « مبادلة النقود الخلقية أو الاصطلاحية ببعضها البعض على وجه مشروع عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة[2]».

الفرع الثاني: شروط الصّرف

لقد اختص عقد الصرف بشروط لم تذكر في غيره من العقود و هذه الشروط هي:

أولا: تقابض البدلين قبل الافتراق

يشرط في عقد الصرف تقابض البدلين قبل الافتراق،سواء كان الصرف بيع جنس بجنسه أو بيع جنس بغير جنسه، و قد حكى ابن المنذر[3] الإجماع على شرط القبض من الصرف فقال: « أجمع كل من نحفظ من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد»[4].

و إذا اختلّ هذا الشرط أدّى إلى الوقوع في الرّبا المتفق على تحريمه[5].

و من الأدلة على اشتراط القبض في مجلس العقد الصرف ما يلي:

1- ما رواه عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال«**الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ**»[1].

---

[1] – عاصم أحمد عطية بدوي، أحكام الصرف الالكتروني في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010، ص 37.

[2] – مراد بلعباس،قاعدة التقابض في العقود المالية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 258.

[3] – هو الحافظ أبو بكر محمد ابن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، شيخ الحرم و علما من أعلام الشافعية إماما حافظا وورعا، مجتهدا توفي بمكة سنة 319هـ ، من تصانيفه، المبسوط، الإجماع، انظر ابن قاضي شهبة،أبوبكر بن أحمد تقي الدين،طبقات الشافعية، تحقيق الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط 1، 98/1، الذهبي، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 782/3.

[4] – ابن المنذر،ابوبكر محمد بن إبراهيم، الاجماع، دار الدعوة، الإسكندرية، ط2، 92/1.

[5] – الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 363/2، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، 259/3.

2- ما روى عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: «**لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ، وَالفِضَّةَ بِالفِضَّةِ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ، وَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ، وَالفِضَّةَ بِالذَّهَبِ كَيْفَ شِئْتُمْ**»[2].

ووجه الاستدلال أن جميع هذه النصوص بعمومها تدل على جواز بيع النقد بالنقد و هو ما يسمى بالصرف، و انه لا بد لصحته من اشتراط القبض في مجلس عقد الصرف.

3- المعقول: أن الإرفاق بالمسلم و قضاء حاجته من تحويل عملته و تبديلها بعملة أخرى هو في حاجة إليها مما يدل عقلا على جوازه، كما أن حاجة الناس تنزل منزلة الضرورة في التعامل[3].

ثانيا: التماثل عند اتحاد الجنس

و هذا الشرط خاص بما إذا اتحد البدلان في الجنس، كبيع الذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة، إذ اتفق الفقهاء[4] على أنه يجب التماثل بينهما في الوزن وإن اختلفا في الجودة و لا عبرة بالصناعة أو الصياغة.

و اتفق الفقهاء أيضا من الحنفية[5] و المالكية[6] و الشافعية[7] و الحنابلة[8] أن عقد الصرف يقع ناجزا ما لم يفترق المتصارفان تعجل القبض أو تأخر، و اشترط المالكية أن لا يتأخر القبض في المجلس عن العقد[9]، و اختلفوا في كيفية القبض هل يشترط القبض باليد، أم يكتفي فيها بالتعيين فقط؟

---

[1] رواه مسلم في صحيحه، كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ، بَابُ الصَّرْفِ وَبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْوَرِقِ نَقْدًا، رقم الحديث: [81]، 1211/3.

[2] رواه البخاري في صحيحه، كِتَابُ البُيُوعِ، بَابُ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، رقم الحديث: [2175] 74/3.

[3] – السيوطي، الأشباه و النظائر، مرجع سابق، 88/1.

[4] – الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 183/5، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 546/2.

[5] – الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 215/5، ابن الهمام،فتح القدير، مرجع سابق، 17/7.

[6] – الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 29/3، الحطاب، مواهب الجليل،مرجع سابق، 6/(129، 130).

[7] – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 981/3.

[8] – ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 6/(63، 64)، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 558/2.

[9] – ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 3/(212، 213)، الدسوقي،حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 29/3.

- **الرأي الأول:** اشترط جمهور الفقهاء من المالكية[1] و الشافعية[2] و الحنابلة[3] إلى أن القبض في الصرف يكون باليد حقيقة.

و ذلك لأن المعنى الظاهر الحقيقي من قوله صلى الله عليه و سلم: « **يدا بيد**[4] ».

هو التناول باليد فعلا و عدم الاكتفاء بما دونه[5].

- **الرأي الثاني:** ذهب الحنفية إلى الاكتفاء بالتعيين فقط في مبادلة ما سوى النقدين حيث وافقوا الجمهور في اشتراط التقابض باليد[6]، حيث جاء في الفتاوى الهندية: « و المراد بالقبض هنا- أي في الصرف- القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد»[7].

و استدلوا بأدلة منها:

- أن حقيقة القبض في اللغة هي تمكين كل عاقد من التصرف بما آل إليه ملكه، و هذا يتحقق بالتعيين فقط فلا حاجة إلى اشتراط القبض في المجلس[8].

- إن لفظ (**يد بيد**) في الحديث، معناه عينا بعين وهو الذي جاء به حديث عبادة ابن الصامت رضي الله عنه و فيه : « ...**إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ، عَيْنًا بِعَيْنٍ**...»[9].

الرأي الثالث: و إليه ذهب بعض الحنابلة انه لا يشترط القبض باليد حقيقة، حيث جاء في القواعد: « والتخلية قبض في المعينات[10]»، و جاء أيضا: « أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز[11]».

---

[1] - الباجي،سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة،ط2، 271/4.

[2] - الشربيني،مغني المحتاج،مرجع سابق، 364/2.

[3] - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 557/2.

[4] - سبق تخريجه، ص246.

[5] - ابن حجر،فتح الباري،مرجع سابق، 378/4.

[6] - السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 111/12، ابن الهمام،فتح القدير، مرجع سابق، 135/7.

[7] - الشيخ نظام،الفتاوى الهندية،مرجع سابق، 217/3.

[8] - ابن الهمام،فتح القدير، مرجع سابق، 135/7.

[9]رواه مسلم في صحيحه، كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ، بَابُ الصَّرْفِ وَبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْوَرِقِ نَقْدًا، رقم الحديث: [80]، 1210/3.

[10] - ابن رجب،القواعد، مرجع سابق، ص 74.

[11] - المرجع نفسه، ص 74..

و الظاهر أنه لا يمكن تصور قبض حسي للنقود في ظل القبض الالكتروني، و لكن يترتب عليه ثبوت ملكية الشخص المستفيد حكما للمبلغ المقيد في سجلات البنك ابتداء من تاريخ قيد المبلغ المعين في حساب المستفيد، و قد أصبح هذا عرفا بنكيا، و يعتبر هذا القيد تعيينا لحق المستفيد، حيث يؤدي إلى خروج المال من يد صاحبه الأصيل إلى اليد الحسية، أو الحكمية للطرف الآخر، ويمكنه من التصرف فيه تصرفا مطلقا، فحساب المستفيد كالوعاء الحكمي لصاحبه.

الفرع الثالث: أنواع الصّرف

للصّرف أنواع منها[1]: الصرف الناجز، و الصرف بالمواعدة، و الصرف في الذّمة.

أولا: الصرف الناجز

الناجز في اللغة: بمعنى الحاضر، و يقال ناجزُ بناجز أي يد بيد و تعجيل بتعجيل[2].

و أما اصطلاحا: فهو الصرف الذي يتم على ا لفور و في الحال يد بيد[3].

و لقد اتفق الفقهاء على جواز صرف المناجزة بشروطه المعتبرة فيه[4].

و للصرف الناجز حالتان هما:

1- حالة اتحاد الجنس: و هي مبادلة جنس بجنسه، كالذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة أو الدينار بالدينار في مجلس العقد و في الحال[5].

و يشترط للصرف عند اتحاد الجنس التقابض في الحال مع التماثل.

2- حالة اختلاف الجنس: و هي مبادلة جنس بغير جنسه، كبيع الذهب بالفضة و العكس[6] أو الدينار بالدولار، و يشترط في هذه الحالة التقابض في الحال دون التماثل.

---

[1] – وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1983، 355/26.

[2] – الرازي،مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 305، الفيومي،المصباح المنير،مرجع سابق، 594/2.

[3] – بدوي،أحكام الصرف الإلكتروني في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 26.

[4] – الزيلعي،تبيين الحقائق، مرجع سابق، 141/4، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 141/4.

[5] – رغم اختلاف التسمية مع المالكية،إلا انهم لم يختلفوا مع الجمهور في اشتراط التنجيز في جميعها، العدوي، مرجع سابق، 183/2.

[6] – ابن نجيم، البحر الرائق،مرجع سابق، 209/6.

ثانيا: الصرف بالمواعدة

المواعدة في اللغة: هي من وعد[1] بمعنى معاهدة .

و أما اصطلاحا: فهي اتفاق بين طرفين على صرف بدلين يملكانه في المستقبل[2].

و اختلف الفقهاء في حكم ا لمواعدة في الصرف إلى مذهبين هما:

– **الرأي الأول:** أن الصرف بالمواعدة جائز، فلا يبطل عقد الصرف إذا اقترن به وعد، فإن تصارفا فيما بعد ترتبت على العقد آثاره الشرعية من وقت العقد لا من زمن المواعدة عليه، و هو مذهب الشافعية[3] و ابن حزم[4] و بعض المالكية[5].

– **الرأي الثاني:** أن الموعدة بالصرف غير جائزة و به قال المالكية، و عندهم قول آخر أنها مكروهة[6].

و علّلوا ذلك بأن الصرف يشترط فيه التقابض في مجلس العقد، و ان التواعد فيه تأجيل للتقابض وهذا مخالف لشروط الصرف[7].

و من خلال ما سبق من أقوال الفقهاء في هذه المسألة، يتبيّن لنا أن الموعدة بالصرف تقع في صورتين هما[8]:

– أن يتواعد اثنان على الصرف في المستقبل، فإذا تمت الموافقة بينهما على البيع و الشراء إصطرفا بعقد جديد لا علاقة له بالمواعدة، و هذه الصورة لا تخالف شرط التقابض في الحال، لأن المواعدة أصبحت مجرّدة عن العقد، و لا علاقة لها به، و المواعدة فيها غير ملزمة للطرفين.

---

[1] – ابن منظور،لسان العرب، مرجع سابق، 462/3.

[2] – بدوي، أحكام الصرف الإلكتروني في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 28.

[3] – الشافعي، الأم، دار المعرفة، لبنان، 1990، 32/3.

[4] – ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 465/7.

[5] – القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، 138/5.

[6] – ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 212/3، الحطاب،مواهب الجليل، مرجع سابق، 139/6.

[7] – المرجع نفسه، 139/6.

8 – بدوي،أحكام الصرف الإلكتروني في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 30.

- أن يتواعد اثنان على الصرف في المستقبل، فإذا تمت الموافقة بينهما على البيع و الشراء فإنهما لا ينشئان عقد جديدا، بل يصطرفان بناء على ما تم بينهما من اتفاق زمن المواعدة وهذه الصور ة غير جائزة لأن العقد أصبح ناشئا عن المواعدة الملزمة للطرفين، فهي مخالفة لشرط التقابض في الحال.

ثالثا: الصّرف في الذّمة[1]

الذّمة في اللغة: العهد و الكفالة و جمعها ذمام، و فلان له ذّمة أي حق[2].

و أما اصطلاحا: فهي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تترتب عليه[3].

و من شروط الصرف، التقابض في المجلس قبل الافتراق، إلا أنه قد يقع الصرف على ما في ذّمة العاقدين أو أحدهما، و هذا ما يعرف بالصّرف في الذّمة، و اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

- الرأي الأول: جواز هذا النوع من الصرف و هو مذهب الحنفية[4] و اشترط المالكية[5] أن يحلا البدلان معا، و أما إذا لم يحلا أو حل أحدهما فقط فلا يجوز.

واستدلوا بأن ما في الذّمة كالحاضر، و أن الثابت في الذّمة مقبوض حكما، فالتناجز حصل صورة ومعنى[6].

و اشترط المالكية أن يكون الدينان حالين، بناء على لزوم الأجل في القرض عندهم[7].

الرأي الثاني: أن الصرف في هذه الحالة لا يجوز وهو مذهب الشافعية[8] والحنابلة[1]و الظاهرية[2].

---

[1] - يفرق المالكية بين الصرف في الذّمة فيقولون: إن الصرف على الذّمة إذا لم تكن الذّمة مشغولة بشيء قبل الصرف، والصرف هو الذي أحدث شغلها بخلاف صرف ما في الذّمة، فإن الذّمة مشغولة فيه قبل الصرف، الدسوقي،حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 30/3.

[2] - ابن منظور،لسان العرب، مرجع سابق، 212/12.

[3] - الزرقا،المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 190/3.

[4] - الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سابق، 218/5، الزيلعي،تبيين الحقائق، مرجع سابق، 140/4.

[5] - الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 31/3.

[6] - الزيلعي،تبيين الحقائق، مرجع سابق، 140/4.

[7] - الحطاب،مواهب الجليل،مرجع سابق، 310/4.

[8] - الشربيني،مغني المحتاج،مرجع سابق، 369/2.

و استدلوا بأن هذه الحالة من باب بيع الدين بالدين المنهي عنه[3] ، وهو سبب المنع، وليس لعدم تحقق التقابض الفعلي في العوضين، لأن الثمنين هنا في حكم المقبوض لثبوتهما في الذمة، فالقبض حاصل فيهما حكما[4].

المطلب الثاني: الصرف عبر وسائل نقل اللفظ والمكتوب

هذا الصرف يكون بين طرفين مباشرة، ولهذا الصرف صور كثيرة كالصرف الذي يتم من خلال الوسائل التي تنقل اللفظ، كالهاتف، والتلفاز، والمذياع، أو الوسائل التي تنقل المكتوب كالفاكس والأنترنت...كما يلحق بهذا القسم عمليات الصرف التي تتم من خلال وسائل الدّفع الإلكتروني.

الفرع الأول: الصرف عبر وسائل النقل اللفظ و المكتوب

تنقسم وسائل الاتصال الحديثة إلى وسائل اتصال لنقل اللفظ، ووسائل لنقل المكتوب.

أولا: الصرف عبر و سائل نقل اللفظ

و من أهم وسائل الاتصال الناقلة للفظ[5]:

01- الهاتف: ويمكن تصور الصرف عبر الهاتف، بأن يتصل به ليشتري ذهبا أو فضة بالدينار، ويتفقان على العقد عبر الهاتف، أو أن يصرف مبلغا بالدولار إلى الدينار .

02- المذياع: و أما الصرف عبر المذياع فيتم عن طريق عرض شخص بيع نوع معيّن من الذهب أو الفضة مع ذكر مواصفات ذلك الشيء المعروض و يجيبه المتصلون برغبتهم في الشراء.

---

[1] – ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 106/6، ابن تيمية، الفتاوى، مرجع سابق، 472/29، البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، 558/2.

[2] – ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 451/7.

[3] – البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 558/2، الشافعي،الأم، مرجع سابق، 33/3.

[4] – مراد بلعباس، قاعدة التقابض في العقود المالية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 231.

[5] – بدوي،أحكام الصرف الإلكتروني في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص (43، 44)، مراد بلعباس،قاعدة التقابض في العقود المالية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص (293، 294).

03- التلفاز: و يتم الصرف عبر التلفاز عن طريق قيام مقدم البرنامج بعرض سلع الصرف ذهبا أو فضة أو عملات مع بيان الأوصاف و الأسعار الجاري التعامل بها، حيث يقوم الراغب بالشراء بالاتصال هاتفيا بالبرنامج.

ثانيا: الصرف عبر وسائل نقل المكتوب

و من أهم وسائل الاتصال الناقلة للمكتوب ما يلي[1]:

1- الفاكس: و ذلك أن يرسل احدهما إلى الآخر رسالة تعبر عن رغبته في صرف مبلغ مالي أو شراء ذهب أو فضة و يرد الآخر بالقبول.

2- الأنترنت: و يتم الصرف عبر الأنترنت من خلال عمليات ثلاث:

أ- الصرف عبر شبكة الويب العالمية:

يمكن تصور ا لصرف إما أن يتم الدفع نقدا عند استلام البدلين عبر شركة الشحن، وفي هذه الحالة يقوم البائع الذي باع سلعته من الذهب أو الفضة عبر الشبكة العالمية بإرسالها إلى عنوان المشتري، و تكون الشركة مسؤولة عن تحصيل المبلغ نقدا من المشتري، و أما أن يتم الصرف من خلال الشبكة العالمية عبر وسائل الدفع الإلكتروني.

ب- الصرف عبر البريد الإلكتروني: يمكن تصور الصرف في هذه الحالة من خلال إرسال رسالة من المرسل إلى المرسل إليه، برغبته في مبادلة عملة بعملة أخرى معه،أوشراء الذهب والفضة.

الفرع الثاني: حكم الصرف عبر وسائل نقل اللفظ و المكتوب

ذهب بعض الفقهاء[2] إلى جواز إجراء عقد الصرف من خلال أجهزة الاتصال الناقلة للفظ والمكتوب، و ذلك إذا دفع المشتري الثمن قبل التفرق في مجلس العقد[3]، بأن حوّل المشتري الثمن إلى البائع عبر وسائل الدفع الالكتروني، و قام البائع في الوقت ذاته بتسليم سلعة (الذهب والفضة) إلى شركة الشحن، و كان قد فوّض إليه المشتري بتفويض صريح، لإجراء التعاقد نيابة عنه مع شركة

---

[1] - المرجع السابق، ص (297، 299).

2 - الهيتي،عبد الرزاق رحيم، حكم التعاقد عبر أجهزة الاتصال الحديثة، دار البيارق، الأردن، ط2000،1، ص 41.

3 - راجع ص237 من هذا البحث.

الشحن، أو على الأقل تم في الرسائل المتبادلة تحديد ما تستحقه شركة الشحن من أجر لشحن تلك السلعة، و تمت الموافقة على ذلك باعتباره شيئا منفصلا عن ثمن الذهب والفضة- وهذا بمنزلة التفويض الضمني — و هذا يقضي بصحة المعاملة بتقدير أن الثمن قد دفع في مجلس العقد و تم تسليم الذهب و الفضة فيه أيضا، باعتبار شركة الشحن وكيلا ينوب عن المشتري في الاستلام، و هذا يحقق شرط التقابض في مجلس العقد[1].

- و هناك تخريج آخر لهذه المعاملة و هو أن جعل البائع وكيلا عن المشتري في القبض وهذا قد قال به بعض أهل العلم كالحنابلة[2].

و نوقش هذا القول: بأن العقد الإلكتروني لا يجوز أن يتولى فيه العاقد الواحد طرفي ا لعقد لأن التعاقد فيه تعاقد عن بعد، و لا يتصور فيه إلا أن يكون العاقد متعدّد[3].

و ذهب آخرون إلى القول بعدم جواز عقد الصرف عن طريق وسائل الاتصال الناقلة للفظ والمكتوب[4]، و استدلوا بأدلة منها:

- أن عقد الصرف بهذه الوسائل يتأخر فيه القبض و هو عين الرّبا[5].

- أن الفترات التي يتم عقد الصرف فيها من خلال المسائل المستحدثة تتفاوت من وسيلة إلى وسيلة أخرى، فإذا أراد شخص تغيير عملة بعملة أخرى فقام بإرسال حوالة عن طريق البريد إلى أحد المصارف لإرسال العملة التي يريدها، فقام المصرف بإرسال تحويل له عن طريق الفاكس، فإن فترة التحويل البريدي أطول من التحويل بواسطة الفاكس، و هكذا في حالة استعمال البريد الالكتروني أو

1 - الزهراني،أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص (312، 313).

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 12/4، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 172/3.

3 - الحواجرة،العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 125.

4 -قرار مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بشأن إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، دورة المؤتمر الرابع، جدة، السعودية، 1990، رقم 52.

5 - الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 246.

الهاتف...و بالتالي فإن سعر الصرف في الحالة الأولى " البريد" يقع أقل من الحالة الثانية " الفاكس" مما يتيح فرصة توظيف العملة لفترة أطول و هو الرّبا[1].

المطلب الثالث: الصرف عبر بطاقات الدفع الإلكتروني

مع ظهور التجارة الالكترونية و انتشارها أصبحت وسائل الدفع تمثل حجر الزاوية، حيث أنه تم استحداث نقود جديدة تعدّ أكثر ملاءمة لطبيعة و متطلبات هذه المعاملات الإلكترونية، ودفع الثمن الإلكتروني يتم من خلال وسائل عديدة، إلا أننا نتكلم عن أهمها و أكثرها انتشارا، وهي بطاقات الدفع الإلكتروني، ولا بد من الإشارة هنا إلى أن هذه البطاقات على اختلاف أنواعها في التعامل تتصف بميزتين أساسيتين لهما بالغ التأثير في حكم التعامل بها من الناحية الشرعية، وهو كون البطاقة مغطاة أو غير مغطاة[2].

و يتم الصرف بواسطة هذه البطاقات من خلال مبادلة عملة موجودة في رصيده المعتمد بعملة أخرى، كمن يطلب مبادلة الدولار من حسابه المعتمد بعملة أخرى، أو أن الصرف يتم من خلال طلب شراء عملة من أحد المواقع الإلكترونية كالدولار، و اليورو، على أن تكون هذه المواقع تسمح بالتعامل بإحدى بطاقات الدفع الإلكتروني.

1 - المرجع نفسه ص247.

2 - **البطاقة المغطاة**: هي ما تعرف ببطاقات السحب المباشر من الرصيد، و هي بطاقات تقتضي أن يكون لحاملها رصيد بالبنك، يشترط فيه أن لا ينقص عن المبلغ الذي تؤمنه البطاقة، و من ثم إعطاء صلاحية للبنك المصدر للبطاقة أن يسحب من رصيد حامل البطاقة قيمة مشترياته عن طريق استعمال البطاقة في ضوء السندات الموقعة من قبله، و هي أنواع منها بطاقة الخصم الفوري.

و أما **البطاقة غير المغطاة**، هي عبارة عن مستند لا يشترط فيها البنك المصدر على العميل عند إصدارها أن يودع بحسابه مبلغا ماليا يساوي الحدّ الأعلى المسموح لاستخدام البطاقة و يكون الدفع بموجبها من حساب البنك المصدر ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية، أنظر عمر محمد عبد الحليم، الجوانب الشرعية و المصرفية و المحاسبة لبطاقات الائتمان، مؤسسة إنتراك للنشر و التوزيع، القاهرة، ط1، 1997، ص (17-16)، عرفات فتحي شوكت، بطاقة الائتمان البنكية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 79.

كما أن الصرف يتم عند قيام شخص بشراء سلعة أو الحصول على خدمة بعملة تختلف عن العملة المقررة و التعامل بها في عقد البطاقة، لأن بنك المصدر يسدد المبلغ المستحق على حامل البطاقة ثم يرجع على حاملها بالعملة المحلية، فهذه العملية من قبيل الصرف[1].

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على أربعة أقوال هي:

– **القول الأول**: جواز استخدام هذه البطاقات سواء في شراء الذهب أو الفضة، أو في صرف وتحويل مختلف العملات، و لا فرق بين كون البطاقة مغطاة أو غير مغطاة، و به قال بعض المعاصرين كعبد الستار أبوغدة، و المنيع، و يوسف الشبيلي[2].

و استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1– أن فواتير البطاقة الائتمانية تعتبر واجبة الدفع من قبل بنك المصدر، و لا يتوقف ذلك على وجود رصيد للعميل لدى البنك من عدمه، و لا على الوفاء الفعلي من قبل العميل، فالفاتورة تعتبر ملزمة و حتمية في حق بنك المصدر، والشرط الأساسي هو تثبت البائع من شخصية العميل ومطابقتها للمدوّن في البطاقة، و مطابقة توقيعه على القسيمة، و توقيعه على البطاقة و التأكد من سريان صلاحية البطاقة، فإن تثبت من هذه الأشياء، فالفاتورة تعتبر ملزمة للبنك وواجبة الدفع حتى و لو لم يكن البائع قد حصل على تفويض خاص بهذه العملية من البنك إذا كان ذلك ضمن الحدود المتفق عليها، و على هذا فالفاتورة ليست مجرد شيك، بل هي في قوّة الشيك المصدق أو الشيك المحرّر من البنك، لذا فالقبض بالبطاقة ينبغي أن يلحق بالقبض بواسطة الشيك المصدق[3].

2– أن البطاقة الائتمانية أصبح لها القبول عند الناس ما يضاهي أو يفوق الأوراق النقدية والتجارية و القبض يستند في كثير من أحكامه إلى العرف، و من يلزم الناس بشكل معيّن من أشكال القبض

---

[1] – بدوي، أحكام الصرف الإلكتروني في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 59.

[2] – عبد الستار أبو غدة، و أحمد محي الدين، فتاوى بطاقات الائتمان، مجموعة دله البركة، السعودية، ط1، 1425هـ ، ص (13، 14)، يوسف الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 42/2، عبد الله بن سليمان، المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، ط1، 1996، ص 327.

[3] – يوسف الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف،مرجع سابق، 1/(752، 753).

فعليه بالدليل، فإن تعلل بأن العرف قاض بعدم اعتباره فهذا حسب علمه و إطلاعه، وإلا فإن العالم برمته يتجه إلى عصر اللا نقد و البائع يفضل بلا تردد في العقد الإلكتروني قبض الثمن عن طريق البطاقة الائتمانية على قبضه نقدا لكونه أحوط و أضبط[1].

3- إن جميع وسائل أداء الثمن عبر الشبكة العالمية ما هي إلا نقود ورقية تم تسليمها بطريقة تنوب عن التسلم المباشر وهذا لا يغيّر من حقيقتها شيئا، فهي نقود ورقية على كل حال[2].

4- أن وجود الأجل في صرف قسيمة البيع لا يؤثر في الحكم، لأننا إذا اعتبرنا قبض القسيمة كقبض المحتوى، فلا فرق بين أن يتم الصرف آنيا أو بعد حين، لأننا نعتبر أن القبض قد تم باستلام قسيمة البيع[3].

5- وجود الضمان المصرفي لأي قيمة يتم الشراء بها وفق الشروط و الضوابط المتفق عليها، فالبائع حين يقبض ا لفاتورة فهو يعتبر قابضا للقيمة حتى و لو لم يكن للعميل رصيد لدى البنك المسحوب عليه و لو فقدت البطاقة أو سرقت، لا يتحمل البائع تبعة ذلك[4].

6- أن بطاقة الائتمان مبرئة للذمّة براءة تامة بين المتصارفين و حق البائع ثابت، لأن صاحب البطاقة عند توقيعه على فاتورة الدفع لا يستطيع الرجوع عنها و لا يستطيع بنك المصدر أن يتأخر عن سداد القيمة عند الطلب، و عليه فالقبض حاصل لأن المتصارفين يفترقان و ليس بينهما شيء[5].

---

[1] - المرجع نفسه، 43/25.

[2] - الزهراني،أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 305.

[3] - الشبيلي،الخدمات الإستثمارية في المصارف، مرجع سابق، 44/2.

[4] - المرجع نفسه، 45/2.

[5] - عبد الله المنيع،بحوث في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 327.

القول الثاني: أن الدفع ببطاقة الائتمان لا يعتبر قبضا مطلقا و هو قول الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير[1] ، و استدل لرأيه بما يلي:

1- الفورية المطلوبة في الصرف شرعا غير متحققة في حالة الشراء بالبطاقة، لأن حامل البطاقة يستلم الذهب و نحوه من النقود، و يوقع على القسيمة دون دفع الثمن للتاجر، ومن يدفع الثمن هو بنك التاجر أو بنك المصدر، و المطلوب هو أن يتحقق التقابض في مجلس الشراء لا مجلس تقديم القسيمة للبنك[2].

2- قياس بطاقة الائتمان على الشيك أداة وفاء في الحال و بطاقة الائتمان أداة وفاء في المآل، لأن التاجر لا يستطيع أن يحصل على ثمن الذهب إلا بعد فترة من الزمن[3].

القول الثالث: أن الدفع ببطاقة الإئتمان لا يعتبر قبضا إلا إذا كان لصاحب البطاقة رصيد في حسابه لدى المصرف و تسمى بالبطاقة المغطاة و به قال بعض الباحثين المعاصرين[4]، و به أفتى مجمع الفقه الإسلامي[5]، و لهم أدلة منها:

1- أن الصّرف ببطاقة الإئتمان غير المغطاة لا يجوز، لعدم تحقق القبض في مجلس العقد، فالبطاقة عندما تمرّر على الجهاز لا يخصم من رصيده، و إنما يحصل التاجر على الموافقة للبيع، و أما وجود قسيمة الدفع الموقعة من قبل حامل البطاقة فليست قبضا حكميا، لأنها ضمان لحق التاجر فقط[6].

2- حقيقة البطاقة غير المغطاة، مبنية على الكفالة و الدين، وحاملها بعد قبض السلعة يصبح مدينا للتاجر، وبعد إبراز البطاقة يقدم كفيله للتاجر، وهذه الخطوات تؤدي إلى تأخر قبض الثمن[7].

---

[1] - محمد الأمين الضرير، بطاقة الائتمان، بحث منشور ضمن مجلة الفقه الإسلامي، جدّة، العدد الثاني عشر، 2000، 612/3.

[2] - المرجع نفسه، ص 612/3.

[3] - المرجع نفسه، ص 612/3.

[4] - عبد الله محمد الحمادي، التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، مكتبة الفرقان، الإمارات، 2005، ص 49.

[5] - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دورة المؤتمر الثاني عشر، الرياض، 2000، القرار رقم 108، 676/3.

[6] - الحمادي، التكييف الشرعي لبطاقة الإئتمان،مرجع سابق، ص (49، 50).

[7] - المرجع السابق، ص (46، 50).

هناك ثلاث معاملات بالبطاقة الائتمانية يمكن دراستها كالآتي:

1- صرف العملات ببطاقة الإئتمان:

و هنا أخذ البنك فرق سعر البيع عن سعر الشراء في تبديل العملات ببعضها، و عملية التسديد تقتضي – أولا – أن يقرض البنك عميله عملة محلية، إذا لم يوجد لحامل البطاقة حساب دائن لدى بنك المصدر، أو أن تكون هذه العملة موجودة لدى حساب العميل ثم يقوم ثانيا بتحويلها إلى العملة الأجنبية[1].

حيث يتم تحويل المبالغ المستحقة باستخدام السعر المعلن لدى البنك يوم إجراء قيد العملية لصالح التاجر (يوم السداد) و ذلك بالحسم من حساب حامل البطاقة، إذا كان فيه رصيد أو بإقراض البنك له دون فوائد، و ذلك بإضافة المبلغ إلى حسابه المكشوف ثم الحسم منه و يعتبر شرط القبض متوافرا لجواز استقراض أحد المتصارفين أو كلاهما من الغير[2]، و هذا إن لم يكن بالبطاقة رصيد، وأما إن كان بالبطاقة رصيد فيمكن تخريجه على صرف ما في الذّمة و هو جائز عند الأحناف[3] والمالكية[4].

2- استيفاء الدين بعملة خلاف التي حدث بها:

و صورة ذلك أنه في كثير من الأحيان تكون عملية الصرف من لازم الشراء، وإن لم يقصد المتعامل ببيعه و شرائه صرف نقود بأخرى، و ذلك أن البطاقة لها الصفة ا لعالمية فإذا اشترى حاملها سلعا فإن مصّدر البطاقة يسدّد على حاملها فورا بعملة البلد المستخدمة فيه، ثم يعود البنك على حاملها ليسدّد له بعملة أخرى، خلال مدّة السماح المجانية[5] .

و الإشكال المطروح هنا هو عدم انضباط وقت سعر الصرف من بنك إلى بنك فهناك من يحدّده بالسعر المعلن يوم قيد تلك المشتريات أو الخدمات على حساب حامل البطاقة البنك، و هناك

---

[1] – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 247.

[2] – السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 14/14، ابن عابدين، رد المحتار،، مرجع سابق، 273/5.

[3] – الكاساني، بدائع الصنائع،مرجع سابق، 218/5.

[4] –الدسوقي، حاشية الدسوقي،مرجع سابق، 31/3.

[5] – مراد بلعباس،قاعدة التقابض في العقودالمالية وتطبيقاتهافي الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 312.

من يحدّده بسعر الصرف المعتمد من قبل البنك يوم الخصم من الحساب الجاري لحامل البطاقة، ولدى بنك ثالث تقيّد قيمة المشتريات بسعر الصرف السائد و المعلن لدى البنك يوم التحويل و هناك من يترك الحق للبنك المصدر دون إشعار حامل البطاقة[1].

فهذه عملية صرف المقصود منها الاستيفاء لا المعاوضة، و لذا يشترط أن يكون الاستيفاء بسعر يوم الصرف لحديث ابن عمر :«**لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا، وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ**»[2].وبناء على هذا الحديث فإن تنزيل مسألة الصرف ببطاقة الائتمان لا يخلوا من حالتين:

أ- أن يكون للمتعامل رصيد من البنك يقابل مصروفاته، و في هذه الحالة فإن سعر الصرف هو سعر يوم أداء البنك للطرف الثالث (المستفيد) ، إذ هو اليوم الذي قامت فيه الحاجة إلى المصارفة، فكان الاعتبار بسعره.

ب- ألا يكون للمتعامل رصيد في البنك يقابل مصروفاته، فيفترض أن البنك قام بالأداء عنه ويكون حينئذ مقرضا له، فإذا استدعى الأمر المصارفة فإن سعر الصرف الذي ينبغي الاعتبار به هو سعر يوم أداء العميل للبنك، إذ هو اليوم الذي قامت فيه الحاجة إلى المصارفة[3].

3- شراء الذهب و الفضة ببطاقة الإئتمان:

يشترط لشراء الذهب و الفضة التسليم الفوري للمبيع و الثمن، فلا يجوز تأجيل تسليم الذهب أو الفضة و لا تأجيل تسليم الثمن لوقت آخر، فهل توقيع العميل على القسيمة يقوم مقام مباشرة التسليم.

---

[1] - الجنكو،التقابض في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 268.

[2]رواه أحمد في مسنده، رقم الحديث: [6239]، 359/10. وأبو داود في سننه، كِتَاب الْبُيُوعِ،بَابٌ فِي اقْتِضَاءِ الذَّهَبِ مِنَ الوَرِقِ، رقم الحديث: [3354]، 250/3. النسائي في سننه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، باب بَيْعُ الْفِضَّةِ بِالذَّهَبِ وَبَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ، رقم الحديث: [4582]، 51/6. والدار قطني في سننه، كِتَابُ الْبُيُوعِ، رقم الحديث: [2875]، 419/3. والبيهقي في سننه،كتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ اقْتِضَاءِ الذَّهَبِ مِنَ الْوَرِقِ، رقم الحديث: [10513]، 466/5.

3 - عبد الله بن محمد السعيدي، الرّبا في المعاملات المصرفية المعاصرة، دار طيبة للنشر و التوزيع السعودية، ط2، 343/1.

إن قسيمة الدفع تخول التاجر الحصول على المبلغ فورا عند تقديمها للبنك الذي يتعامل معه التاجر، و يكون قبض الثمن بأحد الأسلوبين[1] .

1- استعمال الجهاز الآلي (الدفع السريع) وذلك بتمرير البطاقة في الجهاز، و الذي يقوم بعدّة عمليات مثل قراءة شريط المعلومات في البطاقة و توصيل هذه المعلومات إلى الحساب الآلي ليقيّد المبلغ في حساب العميل، و في نفس الوقت يحول مصدر البطاقة المبلغ إلى حساب التاجر.

2- استعمال الجهاز اليدوي و الذي يقوم بجميع العمليات التي يقوم بها الجهاز الآلي، و لكنه يستغرق وقتا لا يقل عن ثلاثة أيام، و ربما أكثر، وهي ما تسمى بفترة التسوية، لكي يحول المبلغ لحساب التاجر، و هذا منوط بتقديم التاجر لقسائم البيع التي عنده إلى بنك المصدر أو بنك تاجر لصرفها، و قد جرى العرف الإلكتروني على هذا.

و إذا تمّ اعتبار توقيع العميل على القسيمة قبضا في البطاقة المغطاة، ففي حالة البطاقة غير المغطاة يكون تحرير القسيمة و التوقيع عليها بلا رصيد قبضا حكميا، لأن بنك المصدر كفيل ووكيل بالدفع، و حسم المبلغ لفائدة البائع لا يختلف بين أن يكون من حساب حامل البطاقة أو من حساب بنك المصدر، في حالة عدم وجود رصيد لحامل البطاقة[2]

[1] – الجنكو،التقابض في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 270.

[2] – سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 428.

المبحث الثالث: إثبات العقد الالكتروني

لقد أدى التطور في وسائل التعاقد المستحدثة و خاصة الانترنت، إلى ظهور مشكلات من أهمّها إثبات• هذه العقود التي تتم بوسائل إلكترونية، و ذلك نظرا لاختلاف الدعائم والوسائل التي يتم تحرير و تدوين بنود العقد من خلاله، حيث حدث تحول من المجتمع الورقي إلى المجتمع الإلكتروني، أو من الكتابة اليدوية و التوقيع الخطي التقليديين، إلى الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وهذا أثار تساؤلا حول مدى اعتبار ما يتم إدخاله من بيانات على هذه الوسائط هل ومن قبيل الكتابة التي يعتدّ بها في الإثبات أم لا؟ .

و نظرا إلى أن صحة الاعتماد على المستند، أو الوثيقة في الإثبات، لا بد له من أمرين مهمّين هما: الكتابة الخطية و التوقيع اليدوي، فهذا يستلزم منا أن نقف على مفهوم كل من الكتابة و التوقيع وما يتعلق بهما، و مدى تطابق ذلك مع المستندات الإلكترونية.

المطلب الأول: الكتابة الالكترونية(المحرّر الالكتروني)

و قد اشتمل هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الكتابة

الكتابة في اللغة من مصدر كتب يقال: كتب الشيء يكتبه كتبا و كتابا أي: خطّه[1].

فالكتابة: ما يخطّه الإنسان أو يكتبه في القرطاس من الكلام[2].

• – الإثبات: هو إقامة الدليل أمام القضاء سواء بالطرق التي حدّدتها الشريعة أو المحددة قانونا على صحة واقعة معينة، واختلف الفقهاء في وسائل تحديد الإثبات و عدّها بين موسّع و مضيق، و ذهب بعضهم إلى تقييدها بما ورد في الشرع، و ذهب آخرون إلى عدم حصرها و تقييدها بل كل ما يثبت به الحق ويدل عليه فهو طريق الحكم ووسيلته، ابن جزي،القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 194، ابن رشد، بداية المجتهد،مرجع سابق، 462/2، ابن القيم، الطرق الحكيمة، دار إحياء العلوم، بيروت، ص 72.

[1] – ابن منظور،لسان العرب، مرجع سابق، مادة كتب، 701/1، الرازي،مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 562.

[2] –القلقشندي، أحمد بن علي، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1987، 81/1.

و **أما في الاصطلاح:** لم يعرّف الفقهاء الكتابة بشكل مستقل، و إنما عبروا عنها بألفاظ مختلفة[1]، كالصك، و الحجّة، و السجل، و المحضر، و الوثيقة باعتبارها دليلا للإثبات، إلا أن هذه الألفاظ جميعها تتضمّن معنا واحدا، و هو اشتمالها على خطّ يمكن الاستناد إليه من توثيق الحقوق و ما يتصل بها، بحيث يتسنى لطالب الحق أو مدّعيه أن يرجع إليه عند الطلب و الحاجة[2].

و تعرّف بأنها: « رسوم و أشكال حرفية تدل على الكلمات المسموعة الدالة على ما في النفس»[3]. أو هي « نقوش و رموز تعبّر عن الفكر و القول دون اشتراط أن تكون فوق ورق أو خشب أو جلد أو رمل» [4]، أو هي تحول الأفكار و الأقوال إلى شيء مادي قابل للرؤية[5].

و من خلال ما سبق نجد أن عناصر المحرر هي ثلاثة:

أولا: الكتابة

عند تناول مفهوم الكتابة يجب النظر إليها على أساس المحرر الذي تدور حوله كوسيلة من وسائل الإثبات، حيث أن الكتابة إلى جانب الدعامة المكتوبة عليها تكوّن المحرّر الذي يعتبر وسيلة إثبات، و بالتالي فتحديد مفهوم الكتابة و المقصود منها يجب أن يتم في ضوء وظيفة الكتابة و الغرض منها[6]، و ليس على أساس طريقة الكتابة أو المادة المستخدمة في الكتابة أو كيفية صياغة هذه الكتابة فالمهم وجود كتابة تدل على الغرض المقصود[7].

---

[1] – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 299.

[2] –الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية و المدنية، مطابع مؤسسة جدّة، 1981، ص 189.

[3] –ابن القنوجي، صديق بن الحسن، أبجد العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987، 156/1.

[4] – رضا متولي ، الضرورة العلمية للإثبات بصور المحرّرات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 06.

[5] –المليجي، أسامة شوقي، استخدامات التقنيات العلمية الحديثة و أثره على قواعد الإثبات المدني – دراسة مقارنة– دار ا لنهضة العربية، 2000، ص 79.

[6] – ناصر عباس،الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، مرجع سابق، ص 192.

[7] – عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت،مرجع سابق، ص 500.

فلا يشترط في الكتابة أن تأخذ شكلا معيّنا، فقد تفرغ على الورق،أو على أي شيء آخر مثل: الخشب أو الجلد، كما قد يستخدم في الكتابة القلم الرصاص، أو الحبر الجاف، أو المداد السائل، أو الآلة الكاتبة، و بأي لغة كانت[1].

وقد تطوّر معنى الكتابة تطوّرا ملحوظا، فبعد أن كانت تتم على الحجارة و الخشب و جلد الماشية من خلال الأدوات الحادّة كالمسامير و غيرها، أصبحت تتم على وسيط ورقي، ثم مع تقدم المدنية و تطور الحياة العلمية ظهرت الكتابة عبر الوسائل الالكترونية المستحدثة، حيث تستخدم أزرار لوحة المفاتيح الخاصة بالكمبيوتر في الكتابة، هذه المفاتيح تقوم بعمل ومضات كهربائية يتم تحويلها إلى لغة يفهمها الحاسب و تظهر أمامنا على شاشة الحاسب في شكل حروف أو أرقام مفهومة[2].

ثانيا: الدعامة

و هي التي تحمل الكتابة، فبدونها لا يكون للمحرّر أي وجود، و تكون الكتابة هي المادة التي تتم الكتابة بها سواء كانت حبرا أو أي مادة أخرى، فهي لا تتحول إلى كتابة إلا بعد وضعها على الدعامة، والتي غالبا ما تكون ورقا، حيث اختلط مفهوم المحرر بالورقة[3].

غير أنه ليس هناك ما يمنع أن تنصّب الكتابة على دعامات أخرى كالجلد أو الخشب أو الحجر أو الرّمال أو القماش أو الخزف أو المعدن أو الزجاج، و حديثا ظهرت الكتابة على الحاسب الآلي[4]، فلا ارتباط بين المحرّر أو المستند و دعامة معيّنة، فأي دعامة تصلح طالما أمكن الكتابة عليها. عليها.

وتختلف الدعامة في المحرّرات الإلكترونية بحسب الوسيط الموجود عليه المحرر الإلكتروني، فإذا كان المحرّر الإلكتروني موجودا على قرص مرن فإن الدعامة هنا هي عبارة عن قطعة مرنة من البلاستيك الرقيق مغطاة بمادة سريعة المغنطة، و تتم الكتابة عليه بطريقة مغناطيسية.

---

[1] – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 300.

[2] – عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 504.

[3] – المرجع نفسه، ص 507.

[4] – أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 300.

وأما إذا كان المحرر موجودا على قرص ضوئي فإن الدعامة عبارة عن مادة من البلاستيك مغطاة بطبقة خاصة يمكن كتابة و قراءة البيانات عليها بأشعة الليزر، و إذا كان المحرر الإلكتروني موجودا على القرص الصلب للحاسب الآلي، فإن الدعامة هنا هي عبارة عن قرص معدني رقيق مغطى بمادة قابلة للتغطية، و تتم الكتابة عليه في شكل بقع ممغنطة[1].

ثالثا: تداول المحرر

مسألة تداول المحرّر و انتقاله من طرف إلى آخر لم تكن تمثل عنصرا من عناصر تعريف المحرر حيث كانت تتم بالطرق التقليدية يدويا باليد أو الرسالة، و لكن بعد التطور التكنولوجي أدى إلى ظهور أشكال جديدة لتداول المحرّر لم تكن معروفة من قبل، و أهمها أن يتم نقل المحرّر من حاسب إلى آخر سواء من خلال شبكة داخلية أو شبكة الأنترنت، حيث يتم نقل ملفات كثيرة مهما كان حجمها في ثوان معدودة بين طرفين يقعان في دول بعيدة عن بعضها[2]، إلا أن المشكلة التي تعترض هذه الصورة الحديثة من صور تداول المحرّر، هي مسألة ضمان المحرّر.

---

[1] – عبد الواحد التهامي،التعاقدعبرالأنترنت، مرجع سابق، ص 512.

[2] – المرجع نفسه، ص 516.

الفرع الثاني: حكم الإثبات بالكتابة

للفقهاء في حكم الإثبات بالكتابة قولان هما:

القول الأول: أن الكتابة لا تعدّ وسيلة من وسائل الإثبات و هو مذهب الحنفية[1] و الشافعية[2] و رواية عن أحمد[3].

و أستدلوا بأدلة منها:

1- قوله عزّ و جلّ: ﴿ **وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا** ﴾[4]، ووجه الدلالة، أن القاضي لو اعتبر الكتابة حجّة في الإثبات، و نسبها قطعا إلى صاحبها، فقد عمل بما ليس به علم، و هو منهي عنه بهذه الآية[5].

2- ما أخرجه البخاري من حديث الأشعث بن قيس- رضي الله عنه- قال: كانت بيني و بين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: «**شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ**»[6].

ووجه الاستدلال أن رسول الله صلى الله عليه و سلم جعل الحكم مقصورا على الشهادة دون الكتابة[7].

و يجاب على هذا القول بأنه ليس في قول رسول الله صلى الله عليه و سلم ما يدل على تقييد وسائل الإثبات بالشهادة فقط، بدليل أن الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات و مع ذلك لم يذكره الحديث، كما انه ليس في الحديث ما يفيد منع الاستدلال بالخط و الكتابة إذا كان موجودا[1].

---

[1] - السرخسي،المبسوط، مرجع سابق، 19/16، ابن عابدين،رد المحتار، مرجع سابق، 435/5، ابن نجيم، الأشباه و النظائر، مرجع سابق، ص 245.

[2] - الشربيني،مغني المحتاج، مرجع سابق، 386/4.

[3] - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 470/11، ابن مفلح،المبدع، مرجع سابق، 106/10.

[4] - سورة الإسراء، الآية 36.

[5] - البجيرمي،علي الخطيب سليمان، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، 355/4.

6-رواه البخاري،كتب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث:[2515]، 143/3.

7 - الماوردي، أدب القاضي، مطبعة العاني، بغداد، 1972، 98/2.

3- أن الخطوط قد يتشابه بعضها ببعض بحيث لا يمكن تمييزها، كما قد يعتريها التغيير و التزوير بحيث تنعدم بها الثقة، و إذا شاب الاحتمال الدليل سقط الاستدلال به[2].

و يعترض على هذا الدليل بأن الكتابة إذا وصفت بأنها وسيلة معيبة للإثبات لإمكان وصمها بالتزوير، فالشهادة بدورها وسيلة معيبة، و هي لا تخلوا من الطّعن فيها، و ذلك للعيوب التي قد تعتري شهادة الشهود من محاباة و انتقام و كذب و خطأ و نسيان[3]...

4- أن الكاتب ربما يقصد بكتابته التجربة و اللعب و التسليّة، و لذلك لا يمكن اعتبارها حجّة لعدم القصد و الإرادة[4].

القول الثاني: أن الكتابة تعد وسيلة من وسائل الإثبات و به قال أبو يوسف و محمد بن الحسن من الحنفية[5] و المالكية[6] و رواية عن الإمام احمد[7] و من أدلتهم ما يلي:

1- قوله عزّ و جلّ: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...** ﴾ [8].

ووجه الدلالة أن الله أمر بالكتابة، و سواء كان الأمر للفرض أو الندب فإنه يقرر اعتبار الكتابة في توثيق العقود و الديون، و الاعتماد عليها عند الإنكار و الجحود، و الاحتجاج بها أمام ا لقضاء بالاستناد إليها في الحكم بعد إعدادها المسبق عند إنشاء الحق، و عليه فالكتابة حجة و دليل في التعامل، و إلا لم يكن للأمر بها في الآية معنى[9].

---

1 – أيمن محمد العمر، المستجدات في وسائل الاثبات، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2002، ص 25.

2 – ابن القيم، الطرق الحكيمة، مرجع سابق، ص 206، الماوردي،أدب القاضي، مرجع سابق، 98/2.

3 – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 306.

4 – أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية، القاهرة، ص 68.

5 – ابن عابدبن،رد المحتار، مرجع سابق، 138/8.

6 – العبدري،محمد بن يوسف بن ابي القاسم، التاج و الإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 187/6.

7 – ابن مفلح، المبدع،مرجع سابق، 365/4، الماوردي،أدب القاضي، مرجع سابق، 304/11.

8 – سورة البقرة، الآية 282.

9 – القرطبي،الجامع لأحكام القرءان ، مرجع سابق، 3/ (377، 378).

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لما فتح الله على رسول الله صلى الله عليه و سلم مكة، قام في الناس حمد الله و أثنى عليه ثم قال: « **وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ، إِمَّا أَنْ يُفْدَى وَإِمَّا أَنْ يُقِيدَ**»، ... فَقَامَ أَبُو شَاهٍ - رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ اليَمَنِ - فَقَالَ: اكْتُبُوا لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**اكْتُبُوا لِأَبِي شَاهٍ**».[1]

ووجه الدلالة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أمر بالكتابة لأبي شاه مما يدل على مشروعية الكتابة للحفظ و الضبط والاعتماد عليها عند الحاجة[2].

3- ما ثبت عن النبي صلى الله عليه و سلم، من أنه كان يكتب الصلح و المعاهدات و الرسائل إلى الملوك يدعوهم إلى الإسلام، و لم يكن رسول الله صلى الله عليه و سلم يشهد على هذه الكتب أو يشافه الرسول بمضمون ما كتبه، و إنما يدفع الكتاب مختوما إلى الرسول لينطلق به حيث أمر مما يدل على اعتبار الكتابة حجّة عند التنازع و الإنكار، و إلا لما كان لهذه الكتابة أي فائدة[3].

4- ما أخرجه البخاري بسنده عن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما – أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: «**مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ**»[4].

ووجه الدلالة: أن النبي يصلى الله عليه و سلم أمر بكتابة الوصية و حث عليها، و هذا يستلزم الاعتماد على الكتابة في الإثبات و لو لم يقترن بها شهادة عليها، فهي حجة في التعبير عن الإرادة و القصد[5].

---

[1] رواه البخاري، كِتَاب فِي اللُّقَطَةِ، بَابُ كَيْفَ تُعَرَّفُ لُقَطَةُ أَهْلِ مَكَّةَ، رقم الحديث:[2434]، 125/3.

[2] – محمد العمر،المستجدات في وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 206.

[3] – ابن القيم، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 202، أحمد إبراهيم،طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 64.

[4] رواه البخاري، كِتَابُ الوَصَايَا، بَابُ الوَصَايَا وَقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَصِيَّةُ الرَّجُلِ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»، رقم الحديث: [2738]، 2/4.

[5] – أحمد إبراهيم،طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 65.

5- و استدلوا بالأثر أن عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما- كتب بيعته إلى عبد الملك بن مروان[1]، و لو لم يكن الخط كافيا لما اكتفى عبد الملك بن مروان من ابن عمر بالكتابة في هذا الأمر العظيم[2].

6- قياس الكتابة على اللفظ بجامع أن كل منهما يدل على القصد و الإرادة، بل أنها تمتاز عن اللفظ بالثبات و الضبط، و الدليل على ذلك أن الطلاق يقع بها كالتلفظ به[3].

ومع تقدم العصر و تطور الزمن أصبحت الكتابة أهم وسيلة في الإثبات، و في منع العمل بالكتابة لاحتمال التزوير تعطيل لمصالح الناس، لاسيما و أن العرف قد جرى على ذلك، كما أنه تم الاحتياط في دفع كل ريبة أو شك أو تزوير فيها بفضل الوسائل الحديثة في التوثيق[4]، بالإضافة إلى أن الكتابة دليل مقدم، حيث تحصل في وقت لا نزاع فيه، تقرر فيه الحقائق على طبيعتها، فعند تقديمها للقضاء تنطق بتلك الحقائق التي سبق إتباعها دون غرض أو تحيّز أو نسيان، و بذلك يفضل الإثبات بالكتابة على الإثبات بغيرها كثيرا[5].

المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني

للاعتداد بالكتابة كدليل كامل في الإثبات، لا بد أن تحمل توقيع من يحتجّ بها عليه، لأن التوقيع أساس نسبة المحرّر إلى صاحب التوقيع، و من هنا بات للتوقيع الإلكتروني أهميته التي تدعو للبحث، خاصة وأنه يختلف من حيث الشكل و المضمون عن التوقيع التقليدي.

الفرع الأول: تعريف التوقيع

---

[1] – مالك،بن انس بن مالك بن ابي عامر الأصبحي، الموطأ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ط1، 2003م، كتاب البيعة، باب ما جاء في البيعة، رقم: 1796، ص 603.

[2] – أيمن محمد العمر،المستجدات في وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 263.

[3] – ابن القيم، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 203.

[4] – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 304.

[5] – ناصر عباس،الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، مرجع سابق، ص 192، أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 310.

التوقيع في الكتابة لغة: إلحاق شيء بعد الفراغ منه، و قيل مشتق من التوقيع الذي مخالفة الثاني للأول و قال الأزهري: توقيع الكاتب في الكتاب المكتوب أن يجمل بين تضاعيف سطوره مقاصد الحاجة، و يحذف الفضول، و هو مأخوذ من توقيع الدّبر ظهر البعير، فكأن الموقع في الكتاب يؤثر في الأمر الذي كتب الكتاب فيه ما يؤكده و يوجبه[1].

و أما في الاصطلاح: فيراد بالتوقيع هو: «ما يجعله صاحب الكتاب في ذيل كتابته من علامة تختص به، و تدل على إقراره بصحة ما ورد فيه، و التزامه بمضمونه» [2].

أو هو : « التأشير أو وضع علامة على السند، او بصمة إبهام للتعبير عن القبول بما ورد فيه» [3].

و الملاحظ على هذه التعريفات أنها تقوم على أساس وظائف التوقيع، فالتوقيع هو كل وسيلة تحقق وظيفتين هما: تحديد هوية الموقع، و التعبير عن إرادته في قبول محتوى المستند الذي وقعه والالتزام به[4]، و هذه التعريفات الوظيفية تسمح بقبول الأشكال الحديثة للتوقيع طالما حققت هاتين الوظيفتين.

أمّا بالنسبة للتوقيع الالكتروني فقد تباينت التعريفات التي أعطيت له تبعا لاختلاف وجهات النظر إليه نذكر منها:

- « كل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صوت أو غيره يوضع على محرّر إلكتروني ويكون لها طابع مميز يسمح بتمييز شخص صاحبها و تحديد هويته و تعبّر عن رضا صاحبها بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته» [5].

-« حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات مدرجة بشكل إلكتروني تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع و تميزه عن غيره» [1].

---

[1] - ابن منظور،لسان العرب، مرجع سابق، 406/8، الرازي،مختار الصحاح، مرجع سابق، 305/1.

[2] - أحمد محمد داود، أصول المحاكمات الشرعية، دار الثقافة، ط1، 2004، ص 588.

[3] - عباس ا لعبودي، شرح احكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط2، 1999، ص 137.

[4] - عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت،مرجع سابق، ص (357، 358).

[5] - جمال عبد الرحمان محمد علي، الحجية ا لقانونية للمستندات الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 13.

- « مجموعة الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه الإجراءات و قبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمضمونه » [2].

و يلاحظ على هذه التعريفات أنها قد جمعت بين التعريف التقني و الوظيفي في ذات الوقت، حيث يقوم التعريف الوظيفي على أساس وظائف التوقيع، و هي ثابتة كما سبق الذّكر في وظيفتين، و أما التعريف التقني فيقوم على الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد هوية الشخص صاحب التوقيع، غير أنه يفضل التعريف الوظيفي، مما يسمح بدخول صور التوقيع الحديثة التي تظهر مع حدوث تطورات في التكنولوجيا المستخدمة في التوقيع، و هذه لا يتسع لها التعريف التقني[3].

الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

كما أن التوقيع التقليدي قد يظهر على عدّة أشكال[4]، فإن التوقيع الإلكتروني في العصر الحديث أشكالا و صورا عدّة نذكر منها:

أولا: التوقيع الرقمي أو الكودي

هو عبارة عن رقم سرّي أو رمز سري ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسوبي ينشئ دالة رقمية مرمزة لرسالة إلكترونية يجري تشفيرها بإحدى خوارزميات المفتاح العام و المفتاح الخاص[5]، حيث يطالب الشخص بإدخال الكود السّري، و يتم مطابقته بكود سّري مخزّن سلفا في ذاكرة الحاسب الآلي لمقدم الخدمة المعلوماتية، فإذا تطابقتا كان التوقيع تامّا، و يعتبر التوقيع الرّقمي من أهم صوّر التوقيع الإلكتروني نظرا لما يمتاز به من قدرة فائقة على تحديد هوية أطراف العقد تحديدا دقيقا و مميزا،

---

1 – سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 209.

2 – لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرّر الالكتروني، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2005، ص 126.

3 – عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 383.

4 – إن التوقيع اليدوي تارة ما يكون بخط اليد، بوضع علامة خطّية، أو أي اصطلاح خطّي يختص به صاحبه للدلالة على التزامه بمضمون الموقع عليه، أو قد يكون ببصمة الإبهام أو الأصبع بعد أن يوضع في مادة أو حبر خاص لتنتقل بواسطتها خطوط الإبهام الخلقية على الورقة الممهورة بإصبع الإبهام، كما قد يكون بالختم أو الخاتم، و ذلك باتخاذ شيء من الخشب أو المعدن أو غيره يكتب، أو يحفر، أو يرسم عليه اسمه، أو توقيعه، و يمهر به السند أو الصك أو المعاملة، أحمد داود،أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، ص 588.

5 – علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2005، ص 37.

و ما يتمتع به من درجة عالية من الثقة و الأمان في استخدامه وتطبيقه وإبرام العقود، الأمر ا لذي دفع بالكثير من الدول إلى تسمية التوقيع الإلكتروني باسم التوقيع الرقمي[1]، و لا يكون الكود السّري معروفا إلا من صاحبه و مزوّد الخدمة، و بالتالي فإنه يقوم بوظيفتي التوقيع و هما تحديد هوية الموقع من خلال إدخال الكود السّري، كما يفيد في إثبات رضا صاحبه.

و يتم تسجيل التوقيع الرقمي لدى جهات متخصصة في إصدار هذه الأنماط من التوقيع بناء على طلب العملاء، و كذلك منح شهادات تفيد صحّة توقيع العملاء بموجبها و هذه الجهات تعرف بمقدمي خدمات التوثيق، و هم يمتلكون أجهزة و برامج خاصة بالتشفير، و يتم صياغة الوثائق والمستندات في شكل معادلات من أرقام و حروف، و كل معادلة تضم من (8-25) رقما وحرفا[2]

ثانيا: التوقيع بالقلم الإلكتروني

و يتم ذلك بان يوقع الشخص يدويا باستخدام قلم خاص، و أما على شاشة الكمبيوتر أو على لوح رقمي، و عندئذ يحلل التوقيع الخطي بواسطة الكومبيوتر و يخزن كمجموعة من القيم الرقمية التي يمكن أن تضاف إلى رسالة الكمبيوتر و يستطيع متلقيها أن يعرضها على شاشة الكمبيوتر لأغراض التوثيق[3].

و القلم الإلكتروني هو قلم حساس يمكن الكتابة به على شاشة الكمبيوتر عن طريق برنامج هو المسيطر على عملية التوقيع، و يقوم البرنامج هنا بوظيفتين هما[4]:

1- التقاط التوقيع، حيث يقوم الموقع بتحريك القلم على الشاشة في المكان المحدّد لذلك من قبل البرنامج، و يستطيع المستخدم رؤية توقيعه على الشاشة، و يقوم البرنامج بقياس سمات معيّنة لواقعة التوقيع بما في ذلك حجم و شكل المنحنيات و الدوائر و الخطوط و النقاط والالتواءات و غيرها من السمات الخاصة بالتوقيع، بالإضافة إلى تحديد السرعة النسبية ليد الموقّع، وبعد الانتهاء من رسم

---

[1] – المرجع نفسه، ص (37، 38).

[2] – ثروت عبد الحميد ، التوقيع الالكتروني، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط2، 2002، ص 63.

[3] – لورنس عبيدات،إثبات المحرر الإلكتروني،مرجع سابق، ص 148.

[4] – سامح عبد الواحد،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 396.

التوقيع على الشاشة يظهر للموقّع عدّة مفاتيح على الشاشة، تعطي للمستخدم الخيار بين الموافقة أو إعادة المحاولة أو إلغاء التوقيع، فإذا ضغط الموقع على مفتاح الموافقة قام البرنامج بتخزين كل البيانات المتعلقة بهذا التوقيع.

2- التحقق من صحة التوقيع، حيث يصدر البرنامج تقريرا حول مدى صحة التوقيع الذي تم وضعه من عدمه، فالبرنامج يحتفظ بقاعدة بيانات تحتوي على إحصائيات لعملية التوقيع لهذا الشخص، حيث يتم مقارنتها بالتوقيع الذي وضعه الشخص على الشاشة عند إجراء التصرف القانوني (العقد) و يقوم البرنامج بإصدار تقرير حول شخصية الموقع و هويته للطرف الآخر في التعامل.

ثالثا: التوقيع البيومتري (البصمة الإلكترونية، الخواص الذاتية)

هناك خواص بشرية خلقها الله سبحانه و تعالى في كل شخص، تختلف من شخص لآخر، و تميزه عن غيره، مثل بصمة الأصبع، و بصمة الكف، و بصمة شبكة العين، و بصمة الصوت، و معالم الوجه[1]...الخ، حيث يتم التوقيع الالكتروني باستخدام هذه الخواص بأخذ صورة دقيقة للبصمة الشخصية، أو مسح العين، أو نبرة الصوت و تخزينها بصورة مشفّرة داخل الحاسب الآلي في نظام حفظ الذاكرة بهدف السماح بالاستخدام القانوني للأشخاص المصرّح لهم بذل، و منع أي استخدام عدائي أو غير قانوني[2].

و عند التوقيع تتم المطابقة بين البصمة الشخصية و ما هو مخزّن في ذاكرة الحاسب الآلي، و قد ذكر ابن القيم[3] صورة قريبة من التوقيع البيومتري حيث يقول: « وجعل الله سبحانه و تعالى خط كل كاتب ما يتميز به عن خط غيره، كتميّز صورته و صوته عن صورته و صوته، و الناس يشهدون شهادة لا يستريبون فيها على أن هذا فيه خط فلان»[4].

[1] – أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 325.
[2] – سلطان الهاشمي، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص 211.
[3] – أنظر ترجمته، ص82.
[4] – ابن القيم، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 203.

رابعا: النقر على أحد مفاتيح لوحة الحاسب

في العقود التي تبرم على شبكة المواقع، يظهر للمشتري نموذجا خاصا بالتعاقد للإطلاع على تفاصيله، حيث يحتوي هذا النموذج على خانات تضم عبارات " قبول " أو " رفض "، فإذا قبل يقوم بالضغط على أيقونة القبول[1].

و هذا التوقيع لا شك أنه يحقق وظيفة الإثبات، و يدلّل على شخصية الموقع، كما و يعبّر عن إرادته في التعاقد، و يمكن مساواته بالتوقيع اليدوي نظرا لدقّة المعلومات التفصيلية المعطاة قبل إتمام المعاملة[2].

خامسا: التوقيع الإلكتروني بخط اليد

فكرة هذا التوقيع تقوم على نسخ صورة عن التوقيع بخط اليد باستخدام الماسح الضوئي و حفظه في ذاكرة الحاسب الآلي، أو على القرص المرن، ثم القيام بعدها بإصدار أمر إلى جهاز الكمبيوتر بنسخ صورة عن التوقيع المخزن و إدراجها في المستند أو الملف المراد توثيقه[3]، و هذا النوع من أنواع التوقيع الإلكتروني لا يتمتع بأي درجة من درجات الأمان التي يمكن أن تحقق الثّقة اللازمة في التوقيع[4].

---

[1] – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 325.

[2] – بشار المومني،مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 113.

[3] – عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 394.

[4] – ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني،مرجع سابق، ص 55.

المطلب الثالث: حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين في الإثبات

و سنتناول في هذا المطلب الفروع الآتية:

الفرع الأول: حجية الكتابة الالكترونية في الإثبات

لكي تكون للكتابة الإلكترونية نفس الحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية لا بدّ من توافر عدّة شروط هي:

أولا: أن تكون الكتابة مقروءة مستبينة

حتى يمكن الاحتجاج بالمحرّر الكتابي في مواجهة الآخرين، فإن المحرّر يجب أن يكون مقروءا أي أن في استطاعة الإنسان العادي قراءته، فضلا عن ذلك يجب أن يكون المحرّر الكتابي مدوّنا بحروف أو رموز معروفة و مفهومة للشخص العادي[1].

و هذا الشرط أكد عليه الفقه الإسلامي بقوله أن تكون الكتابة مستبينة، و ذلك بأن تكون ظاهرة لها بقاء بعد الفراغ منها، و هذا المعنى يتحقق بكل ما تثبت عليه الكتابة، و يمكن حفظه لفترة طويلة كالكتابة على اللوح، أو ا لجلد، أو الخشب، أو الورق[2].

و قراءة المحرّر و إدراكه يمكن أن تتم بطريقة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة[3]، و الطريقة المباشرة، مقصود بها أن يستطيع الشخص العادي قراءة المحرّر و فهمه و إدراكه بمجرد الاطلاع على ما هو مكتوب دون الحاجة إلى وسيط، أما الطريقة غير المباشرة فالمقصود بها أنه لا يمكن قراءة المحرر وإدراك مضمونه بمجردّ الاطلاع عليه، و إنما يجب اللجوء إلى وسيلة أخرى يمكن بها إدراك مضمون المحرّر و فهمه.

---

[1] – عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت،مرجع سابق، ص 519.

[2] – الزرقا،المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 327/1.

[3] – ناصر عباس،الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، مرجع سابق، ص 195.

و يمكن تصور الطريقة غير المباشرة لإدراك مضمون المحرّر في حالة المحرّر الورقي، عندما يكون مكتوبا بلغة أجنبية عن لغة القاضي، فإن القاضي يندب خبيرا لترجمة مضمون المحرّر،و بالتالي فلا يؤثر في توافر خاصية قابلية المحرّر للقراءة و الإدراك أن يتم إدراكه بطريقة غير مباشرة[1].

أما بالنسبة للمحرّرات الالكترونية لا يمكن قراءتها و إدراك مضمونها بطريقة مباشرة، و لكن يتم ذلك بطريقة غير مباشرة، فالمحرّرات الالكترونية يتم تدوينها بلغة الحاسب الآلي، التي لا يمكن أن يقرأها الإنسان بشكل مباشر، فهي مادة صلبة لا يمكن قراءتها إلا عن طريق وسيط هو الجهاز[2].

فالمحرّر الإلكتروني الموجود على قرص مرن أو قرص ضوئي لا يمكن قراءته بمجرّد النظر إلى القرص، و إنما لا بد من وضع القرص في الجهاز حتى يمكن قراءة المحرّر، و كذلك المحرّر الموجود في ذاكرة الجهاز الآلي لا يمكن قراءته إلا من خلال شاشة الكمبيوتر، و ذلك باستدعائه من ذاكرة الكمبيوتر و إظهاره على الشاشة[3]، و ما دام أن المحرّرات الإلكترونية يمكن قراءتها في جميع الأحوال باستخدام الحاسب الآلي، فهذا يعني استيفائها لهذا الشرط المتعلق بقراءتها و فهمها، و ذلك لأن اللغة التي تظهر على شاشة الجهاز هي لغة مفهومة و مقروءة لأطراف العقد .

ثانيا: بقاء الكتابة الإلكترونية و عدم زوالها

يجب أن تدون الكتابة على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزّمن، حتى يمكن ا لرجوع إلى هذا الوسيط إذا احتاج الأمر، فإذا كانت الكتابة على الورق تسمح بتحقيق هذا الشرط فما مدى تحقق هذا الشرط في الوسائط الإلكترونية؟.

وبالنسبة للمحرّرات الالكترونية توفر هذا الشرط يعترضه أمران هما[4]:

1- أن الخصائص المادية للمحرّر الالكتروني قد تمثل عقبة في سبيل تحقيق هذه الخاصة حيث أن التكوين المادي و الكيميائي للشرائح الممغنطة التي تتكون منها الأسطوانة و أقراص التسجيل

[1] - عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 521.

[2] - ناصر عباس، الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع،مرجع سابق، ص 195.

[3] - عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 521.

[4] - المرجع السابق، ص 523.

المستخدمة في التعاقد تتميز بقدر من الحساسية، بما يعرّضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيّار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط.

و مع ذلك فإن هذه الصعوبة الفنيّة قد أمكن التغلب عليها باستخدام أجهزة ووسائط أكثر كفاءة يمكنها الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة، و قد تفوق قدرة الأوراق العادية التي تتآكل من كثرة الاستخدام.

2- أن البرامج التي تنشئ المحرّر الالكتروني و تقرأه في تطور مستمر، فمثلا المحرّر الالكتروني الذي تم إنشاؤه على برنامج ال"word" إصدار عام 1998، لا يمكن قراءته بنفس الصورة على برنامج ال"word" 2007، الأمر الذي قد يؤدي أن يتم تقديم محرّر إلكتروني إلى القاضي فلا يستطيع أن يطلع عليه، و ذلك لأن هذا المحرّر قد تم إنشاؤه منذ سنوات، و البرامج الحالية لا تسمح بقراءته، يمكن التغلب على هذه المشكلة بالاحتفاظ بالإصدارات السابقة للبرامج التي تقرأ المحرّرات الإلكترونية.

ثالثا: عدم قابلية الكتابة الإلكترونية للتعديل أو التحريف

إن تقدير القوة الثبوتية للمحرر الكتابي يتحدّد في ضوء سلامة مضمون المحرّر و عدم حدوث تعديلات عليه منذ إنشائه، و ذلك مرتبط بوظيفة المحرّر في الإثبات[1].

و مما لا شك فيه أن خاصية ثبات مضمون المحرّر متوافرة في المحرّر الكتابي الورقي، و ذلك يرجع إلى أن تدوين المحرر الكتابي الورقي يكون في أغلب الأحيان بالحبر، هذا الحبر يتصل بالورقة كيميائيا، بحيث لا يمكن فصل الكتابة عن الورقة إلا بإحداث تلف في الورقة، أو إحداث تغيرات مادية يسهل التعرف عليها، مثل الكشط أو المحو أو غيرها، وكلها أمور ظاهرة يمكن رؤيتها بالعين المجرّدة أو الخبرة الفنية[2].

[1] – ناصر عباس،الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، مرجع سابق، ص 199.

[2] – إبراهيم عبيد على آل علي،العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 285.

وهذه الخاصة في المحرّر الإلكتروني محل شكّ، و ذلك لإمكانية التعديل في بيانات المحرّر الالكتروني بالإضافة أو المحو أو الإلغاء دون ظهور أي أثر مادي على الوسيط أو المحرّر وهذا أدى إلى فقد الثّقة في المحرّرات الإلكترونية[1].

وسعيا وراء تثبيت الكتابة الإلكترونية فقد تم ابتكار برنامج يحول دون إجراء أي تعديل عليها، وذلك لما يقوم به من تحويل النص الالكتروني إلى صورة ثابتة بحيث يتعذر تعديلها[2]، حيث أن أغلب النصوص و الوثائق الموجودة على شبكة الانترنت من هذا النوع من النصوص التي لا يمكن لمستخدم شبكة الأنترنت التعديل فيها إطلاقا و إنما يقوم فقط بقراءتها و الموافقة عليها أو رفضها.

كما تم ابتكار طريقة أخرى لحفظ البيانات الالكترونية دون إمكانية طروء أي تعديل عليها، حيث يتم حفظ البيانات في صناديق إلكترونية يستحيل فتحها إلا بالمفتاح الخاص، و الذي تشرف عليه سلطات الإشهار العامة و الخاصة، مما ينجم عنه إتلاف الوثيقة المحفوظة في حالة ما إذا أريد تعديلها[3].

وعلى اعتبار المفهوم الواسع و الحديث للكتابة، و الذي يعني ترك اصطلاح الكتابة دون تحديد ليتسنى تفسيرها وفق التطور التكنولوجي الهائل الذي طرأ على الكتابة، ذلك أن الورق الذي كانت تكتب على مثل هذه الوثائق و الصكوك قد تطور و اختلف باختلاف الزمان، و مع ذلك لم يأت أحد ليقول بتقييد مفهوم الورق الذي ينبغي أن تدون فيه الوثائق، و بالنظر إلى ذلك يمكن الوصول إلى نتيجة مؤداها أن الغرض من اشتراط الكتابة، ليس الكتابة ذاتها، و إنما إيجاد وعاء تودع فيه شروط التعاقد لحفظها و استخدامها في الإثبات إذا قام بشأنها نزاع[4].

فشرط الكتابة بموجب هذا المفهوم أصبح لا يقصد به الكتابة الاعتبارية، و إنما سائر الوثائق المكتوبة إلكترونيا، و منها الوثائق المستخرجة من شبكة الأنترنت هذا من ناحية، و من ناحية أخرى

---

[1] – محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2005، ص 65.

[2] – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 312.

[3] – محمد أبو الهيجاء،عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 66.

[4] – عباس العبودي، الحجيّة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 2002، ص 140.

فليس في الشرع ما يدل على اشتراط وسيلة مخصوصة في الإثبات دون غيرها، بل العلّة إظهار الحق و إثباته، و هذا ممكن بأي وسيلة مادامت تحقق الغاية، كما أن للعرف دور بارز في الكتابة.

و عُرف الناس اليوم جرى على اعتبار الكتابة الإلكترونية- بشروطها – دليلا و حجّة في الإثبات[1].

الفرع الثاني: حجّية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

يشير الباحثون إلى شروط معيّنة يجب مراعاتها في التوقيع، و هذه الشروط كالآتي[2]:

أولا: أن يكون التوقيع دالاّ بوضوح على شخصية المتعاقد و هويته، بحيث يمكن الجزم و القطع معه بصدور السند عن صاحب التوقيع ، بشرط أن يكون هذا الشخص قد اعتاد التوقيع بهذا الاسم[3].

والمهم أن يعبر التوقيع عن صاحبه دون عناء، سواء تضمّن كتابة الاسم كاملا أو لم يتضمّن وسواء اتخذ شكل إمضاء خطي، أو ختم، أو بصمة أصبع، مادام ثبت أن هذا هو توقيع الموقّع، أو طالما أن الشخص الموقّع قد اعتاد استخدام هذه الوسيلة لتوقيع معاملاته و عرف بها[4].

وبتطبيق هذا الشرط على التوقيع، يمكن القول، إن التوقيع الإلكتروني بصوره المختلفة من قبيل العلامات المميزة الخاصة بالشخص وحده دون غيره و لا يشاركه بها أحد[5].

فالتوقيع البيومتري يقوم على الخصائص الذاتية للشخص و هي تختلف من شخص لآخر و نادر جدا ما يمكن أن يحدث تشابه فيها[6]، و هي بصمة الأصبع و بصمة العين...

---

[1] – أبو العز،التجارة الإلكترونيةوأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 315.

[2] – عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 446، ناصر عباس، الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع،مرجع سابق، ص (222، 235)، أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص(327، 330).

[3] – المرجع نفسه، ص 327.

[4] – ثروت عبد الحميد،التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 327.

[5] – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 328.

[6] – عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 398.

أما التوقيع بالقلم الإلكتروني فهو مثل الإمضاء الخطي في قدرته على تمييز الشخص عن غيره ويتمتع بقدر كبير من الحماية، إذا لا يمكن إجازته وإنجاز المعاملة، إلا إذا طابق التوقيع بالقلم الالكتروني الإمضاء المخزّن في جهاز الكمبيوتر من خلال حجم وشكل المنحنيات و الدوائر والخطوط و النقاط و الالتواءات و غيرها من السمات الخاصة بالتوقيع، بالإضافة إلى تحديد السرعة النسبية ليد الموقع[1].

وأما بالنسبة للتوقيع الرقمي فهو كالرقم السّري خاص بصاحبه و يميزه عن غيره، حيث يقوم على قراءتها و لكن لا يسمح للمفتاح العام بالتعديل في رسالة البيانات إلا باستخدام المفتاح الخاص[2]، ويستطيع الشخص المرسل إليه أن يتحقق من صحة التوقيع بواسطة سلطات التصديق التي تؤكد صحة التوقيع و نسبته إلى صاحبه من خلال ما تحويه من معلومات هامة عن الشخص المتعاقد[3].

و على هذا فلكل شخص توقيع إلكتروني يميزه عن غيره، و هو يقوم بنفس الدور الذي يقوم به التوقيع اليدوي، و ربما بدرجة أفضل نظرا لقدرته الفائقة على الاستيثاق من شخصية المتعاقد صاحب التوقيع، و بشكل دوري يتم في استخدام التوقيع الإلكتروني.

ثانيا: أن يكون التوقيع واضحا ثابتا

يعدّ التوقيع شكلا من أشكال الكتابة، و هو بذلك يخضع للشروط التي تخضع لها الكتابة من حيث إمكان الإطلاع عليه و قراءته بشكل مباشر، أو عن طريق استخدام آلة معيّنة تترك أثرا ماديا يبقى و لا يزول[4].

---

[1] – المرجع نفسه، ص396.

[2] – المرجع نفسه، ص 400.

[3] – أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 328.

[4] – محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية،مرجع سابق، ص 68، علاء نصيرات،حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، ص 65.

و هذا الشرط سهل التطبيق على التوقيع الإلكتروني، ذلك أن التوقيع الالكتروني يترك بيانات مختلفة يمكن قراءتها بوضوح، من خلال برامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة المعقدة إلى لغة واضحة و مفهومة للإنسان.

أما بالنسبة لشرط ثبات التوقيع و استمراريته فربما يطرأ عليه شك بسبب أن أقراص التسجيل المستخدمة في الحواسيب تتميز بقدر من الحساسية مما قد يعرّضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي، غير أنه أمكن التغلب عليها بواسطة أجهزة أكثر فعالية و قدرة، يمكنها الاحتفاظ بالبيانات و تخزينها لمدة طويلة قد تفوق قدرة الورق العادي[1].

ثالثا: اتصال التوقيع بالسند

و يقصد بهذا الشرط أن التوقيع يجب أن يرد على السند ذاته، بأن يوضع في محلّ يستدل منه أن الموقع أراد الالتزام بجميع ما ورد من البيانات، لذلك نجد أن المحل المناسب لوضع التوقيع هو نهاية السند، للدلالة الواضحة على موافقة الموقع ورضاه على كل البيانات في أعلى التوقيع، و هذا يستلزم ضرورة وجود رابطة قوية بين التوقيع و الالتزامات الواردة في المحرّر، فإذا انتفت هذه الرابطة فقد المحرّر حجيّته[2].

و التوقيع الإلكتروني يمكن تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل انفصاله عن المستند، فالمستند الممهور بالتوقيع الإلكتروني لا يستطيع أحد أن يطّلع على مضمونه إلا الشخص الذي يملك المفتاح الخاص القادر على تمكينه من ذلك، إذ يحوّل التوقيع مضمون المستند إلى معادلة رياضية لا يمكن فهمها و قراءتها إلا باستعمال المفتاح الخاص[3]، وعليه فإن السند مرتبط بالتوقيع ارتباطا وثيقا، و لا يمكن لأحد التدخل لتعديله إلا صاحب التوقيع.

و مما سبق يتضح أن الفرق بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع اليدوي يتمثل في ما يلي[4]:

---

[1] - المرجع نفسه، ص 66.

[2] - عبد الواحد التهامي،التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 375.

[3] - أبو العز،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 330.

[4] - المرجع نفسه، ص(331، 332).

1- أن التوقيع اليدوي محصور في الإمضاء، أو الختم، أو بصمة الأصبع، في حين أن التوقيع الالكتروني لا يشترط فيه أن يأخذ شكلا معيّنا، بل قد يكون حروفا، أو أرقاما، أو رموزا، أو إشارات، أو صوت، بشرط أن يكون لها طابع منفرد يميّز الشخص صاحب التوقيع و يحدد هويته.

2- التوقيع اليدوي يتم من خلال دعامة أو وسيط مادي ملموس، بخلاف التوقيع الإلكتروني الذي يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني.

3- أن التوقيع اليدوي له وظيفتان هما: تمييز شخصية صاحبه و تحديد هويته و التعبير عن قبوله بالالتزام بمضمون المستند الموقع، أما التوقيع الالكتروني فله أربع وظائف هي: تمييز الشخص صاحب التوقيع و تحديد هويته، و الاستيثاق من أن صاحب التوقيع هو ذاته، و التعبير عن إرادة الموقع ورضاه بمضمون المستند الموقع، والتأكد من مضمون المستند الإلكتروني و تأمينه من التعديل سواء بالإضافة أو الحذف.

4- في التوقيع اليدوي الموقع له الحريّة الواسعة في اختيار توقيعه و صيغته دون الحاجة إلى الحصول على ترخيص من الغير، عكس التوقيع الالكتروني الذي يتطلب آليات معيّنة تضمن نسبة التوقيع لصاحبه، و ضمان سلامة المستند من التزوير.

و عليه يتبيّن لنا أنه ليس المقصود بالتوقيع الإشارة و العلامة الخطية التقليدية التي يتخذها الشخص لنفسه حتى يتميّز عن غيره، و إنما يأخذ معنى أوسع ليشمل التوقيع الإلكتروني سواء كان أرقاما، أو حروفا أو هما معا، أو بصمة يدوية، أو بصمة صوتية، أو عينية مما يفي بمتطلبات التثبت من شخصية المتعاقد[1].

و لهذا فإن للتوقيع الإلكتروني من القوة ما للتوقيع اليدوي(الحقيقي)، بل أعظم، لأن التزوير للتوقيع الحقيقي أسهل من اكتشاف كلمة السّر أو الرقم السّري(التوقيع الإلكتروني)، ذلك انه غاية في الخصوصية، و لا يكاد يراه إلا صاحبه، و أما التوقيع الحقيقي فيراه كل الناس، حيث يمكن تزويره بسهولة[2].

---

[1] - الزهراني،احكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 264.

[2] - المرجع نفسه، ص 265.

و السؤال المطروح هل يمكن اعتبار التوقيع الإلكتروني بهذه الصفة في قوة التوقيع اليدوي؟ و هل هو كفيل بإثبات التعاقد كأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات المقبولة شرعا؟

يمكن اعتبار التوقيع الإلكتروني حجّة شرعية يجب العمل بها و الاعتماد عليها لأمرين[1]:

1- أن التوقيع الالكتروني بشروطه أكثر قوة من التوقيع الحقيقي من الناحية الفنيّة، و عليه فلا إشكال في ذلك من الناحية الشرعية.

2- أن التوقيع اليدوي (الحقيقي) ليس سوى قرينة لصالح الطرف الآخر ولا يرتقي في قوته إلى مرتبة الإثبات بالإقرار، أو الشهادة، لأنه قد يتعرض إلى إنكار من نسب إليه التوقيع، حيث يتم الدفع بالتزوير، و هو دفع مقبول شرعا و عقلا، و أما التوقيع الالكتروني بشروطه يفوق في قوته التوقيع الحقيقي (اليدوي) من جهة تحديد شخصية صاحبه ومن جهة تحقق إرادته في التعاقد، لأنه شيء يعتبر من أخص الأشياء التي ترتبط بالمرء ارتباطا وثيقا، وإن حدث إطلاع الغير عليه لسبب من الأسباب يتم تغييره في أسرع وقت، فهل هذا يجعل من التوقيع الإلكتروني في قوة أدلة الإثبات الشرعية؟

يمكن القول أنه (التوقيع الإلكتروني) في قوة الإقرار الثابت شرعا، أو يكاد، أو يمكن تسميته إقرارا حكميا، حتى أنه أقوى من الشهادة، لأن الشهادة قد تردّ بسبب شرعي كالطّعن في عدالة الشهود مثلا، أما التوقيع الالكتروني فعار عن هذه الاحتمالات بل في حكم الممتنع، و إن وجد احتمال لاختراق تلك الخصوصية لكلمة السّر أو غيرها من صوّر التوقيع الإلكتروني[2]، فيمكن اللجوء إلى هيئة التصديق، حيث تقوم بالتحقق من أن التوقيع الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معيّن أو تتبع التغيرات و الأخطاء الحادثة، باستعمال وسائل التحليل للتعرف على الرموز و الكلمات و الأرقام و فك التشفير و غيرها من الإجراءات التي تفي بالمطلوب[3].

---

[1] - المرجع نفسه، ص (265، 266).

[2] - الزهراني،احكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 267.

[3] - سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 214.

كما تقوم بإصدار شهادات مرخّصة، أو معتمدة لإثبات نسبة التوقيع الالكتروني إلى شخص معيّن استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة[1].

و بناء على ما سبق لا يمكن رفض هذه الأساليب الجديدة في الإثبات إذا كانت مستوفية شروطها التقنية و القانونية، لأنه أليق بالواقع المعيش و مستجداته، مع الأخذ بعين الاعتبار الضابطين الآتيين[2] :

1- أن تصدر التواقيع الالكترونية المعتمدة من هيئة، أو مركز حكومي، أو دولي رسمي معترف به للتصديقات الإلكترونية، و لا يصح أن تتحكم جهات، أو مؤسسات تجارية، أو شبه تجارية، أو أشخاص طبيعية في اعتماد التواقيع الإلكترونية.

2- أن يصدر التوقيع الالكتروني برضا و إقرار صاحبه بعد تقديم وثيقة إلى الجهة الحكومية المعتمدة للتواقيع الالكترونية، تتضمّن اسمه، و عنوانه، و رقمه السّري، و مواطنه...الخ من بيانات ضرورية و يحدّد إذا ما كان هذا الشخص طبيعيا أو معنويا.

[1] – عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت،مرجع سابق، ص 414.

[2] – سلطان الهاشمي،التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 215.

الخاتمة

بفضل الله و منّته و توفيقه تم الانتهاء من هذا البحث (**المعاملات المالية الالكترونية وأحكامها في الاقتصاد الإسلامي**)، و فيما يلي نذكر أهم النتائج المتوصل إليها:

أولا: ناقشنا في الباب الأول العقود الالكترونية و قواعد إبرامها و توصلنا إلى النتائج الآتية:

1- أن العقد الالكتروني من الناحية النظرية لا يقتصر على صورة التعاقد عبر الانترنت وإنما يشمل كل وسائل الاتصال الحديثة التي تدخل الالكترونيات في تصنيعها كالهاتف و الفاكس، إلا أن العقد الالكتروني لم يبرز واقعيا و عمليا و قانونيا إلا بعد استخدام شبكة الانترنت.

2- عدم الاتفاق على تعريف واحد جامع مانع للعقد الالكترونية لاختلاف وجهات نظر فقهاء القانون و المنظمات الدولية.

3- كل تعريفات العقد الالكتروني عرفتها من خلال الوسائل المستحدثة.

4- العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم التقاء الإيجاب و القبول فيه عبر شبكة الانترنت.

5- تتميز العقود الالكترونية عن غيرها من وسائل الاتصال الحديثة، بأنها تبرم وتنفذ على الشبكة نفسها و يكون قبض الثمن فوريا، و دخوله في ملكية البائع إلكترونيا، وحضور حكمي لأطراف التعاقد عن طريق المشاهدة، كما أن الإيجاب يكون موجها للجمهور، عكس الوسائل الأخرى فيكون موجها لشخص واحد.

6- أن التعاقد بالوسائل المستحدثة عدا الانترنت و الهاتف هو تعاقد بين غائبين عن طريق الكتابة.

7- يقسم الفقهاء الكتابة إلى عدة أنواع، كالكتابة المستبينة التي يمكن قراءتها، وغير المستبينة التي لا يمكن قراءتها.

8- تحقق شروط الكتابة التقليدية في الكتابة الالكترونية.

9- اختلف الفقهاء في صحة التعاقد بين حاضرين كتابة، أو بين غائبين كتابة، و خلصنا إلى صحة التعاقد بين حاضرين كتابة أو بين غائبين كتابة.

10- يعدّ عقد الدخول الفني للإنترنت أهم العقود الالكترونية وأكثرها انتشارا، واختلف المعاصرون في التكييف الفقهي لهذا العقد بين عقد إجارة أو عقد استصناع، و خلصنا إلى أنه عقد استصناع من ناحية تأسيس الخدمة و توصيلها، و عقد إجارة من ناحية الحصول على الخدمة.

11- عقد الإيجار المعلوماتي هو عقد يمكن مورّد الخدمة من الاستغلال و الانتفاع ببعض الأجهزة فترة معيّنة لقاء مقابل معيّن، و تم تكييف هذا العقد على أنه عقد إجارة.

12- التسويق الشبكي فيه أكل لأموال الناس بالباطل.

13- هناك أربعة طرق لإجراء العقد إلكترونيا و هي التعاقد عبر البريد الالكتروني، التعاقد عبر شبكة المواقع (web)، والتعاقد بالمزاد الالكتروني، والتعاقد بالمحادثة والمشاهدة الالكترونية، وتعتبر الأسماء الالكترونية هي عنوان للإنترنت لتمييز المواقع عن غيرها و هو مشابه لرقم الهاتف.

14- جواز العقود الالكترونية التي تبرم عبر الوسائط الالكترونية شرط أن لا تخالف الأحكام الفقهية.

15- أهم خاصية تميز العقد الالكتروني هي وسيلة إبرام العقد عبر الوسائط الالكترونية سواء تم إبرام العقد بكامله أو جزء منه عن طريق تعامل إلكتروني.

16- لا يختلف العقد الالكتروني عن أي عقد آخر، فيجوز أن يرد على كل السلع و الخدمات المعروفة.

17- العقد إما أن يتم بين حاضرين أو بين غائبين، و خلصنا إلى أن العقد الالكتروني عبر الانترنت هو تعاقد خاص، ليس مثل التعاقد بين الحاضرين من جميع الوجوه، و لا مثل التعاقد بين الغائبين بالمكاتبة و المراسلة من كل الوجوه.

18- الضابط الذي يمكن الرجوع إليه في اعتبار العقد بين حاضرين إلكترونيا هو أن يتم التعاقد بأي وسيلة تحقق معنى التواصل المباشر بين العاقدين بشرط إتحاد الزمن (مجلس العقد)، سواء كان العاقدين موجودين ماديا أو لا.

19- أن المبيع عبر الوسائط الالكترونية يمكن تخريجه فقهيا على بيوع الغائب (الغائب على الصفة البرنامج، الأنموذج).

20- أن الوسائط الالكترونية ما هي إلا وسائل لنقل التعبير عن الرضا، فكما يعبّر عن الرضا بالقول و الكتابة و المعاطاة، يعبر عنه بالوسائط الالكترونية.

21- يعبر عن الإيجاب و القبول عن طريق البريد الالكتروني بالكتابة الالكترونية، وباستخدام لوحة المفاتيح و بالنقر على إيقونة القبول.

22 – يعبر عن الإيجاب و القبول عن طريق البريد الالكتروني بالكتابة الالكترونية باستخدام لوحة المفاتيح أو بالنقر على أيقونة الإرسال.

23- يكون الإيجاب الصادر عبر غرف المحادثة و المشاهدة مباشرة بطريقة لفظية أو كتابة إلكترونية أو محادثة لفظية مرئية وكتابة إلكترونية في آن واحد، ولا يخرج اللفظ بالصوت والصورة عن طريق المحادثة و المشاهدة عن أحكام التعبير عن الإرادة باللفظ عند الفقهاء في الفقه الإسلامي و نظرية العقد في القانون المدني.

24- يصح أن يقيد الموجب نفسه بمدّة زمنية معيّنة و يلتزم بها.

25- لا يختلف الإيجاب و القبول في العقد الالكتروني عن الإيجاب و القبول في العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في التعبير عنهما، إذ يتم الإيجاب و القبول من خلال وسيلة إلكترونية سواء بطريقة لفظية أو كتابة إلكترونية أو دلالة فعلية من خلال شبكة الانترنت عبر الدخول إلى شبكة المواقع المعينة، أو البريد الالكتروني أو عزف المحادثة و المشاهدة للتعبير عن الإرادة، فينعقد

العقد عند تلاقي الإيجاب والقبول دون تحديد لفظ معين أو شكل محدّد، أما السكوت فلا يصلح للتعبير عن القبول في العقد الالكتروني.

26- يلعب برنامج الكمبيوتر (الوسيط الالكتروني) دورا كبيرا في التعبير عن الإرادة في بعض صور التعاقد عبر الانترنت، و خلصنا إلى أن الرأي الغالب في الفقه يرى بأن الوسيط الالكتروني ما هو إلا أداة في يد المتعاقد، و بالتالي فإن إرادة التعاقد تكون منسوبة للمتعاقد نفسه.

27- التعبير عن الإرادة بواسطة التحميل عن بعد (الشحن الشبكي لمحل العقد) يأخذ حكم التعاقد بالمعاطاة.

28- لحظة انعقاد العقد في التعاقد المباشر هي لحظة صدور الموافقة أو الضغط على الصفحة الالكترونية (click).

29- وقت انعقاد العقد عبر الوسائط الالكترونية(البريد الالكتروني، شبكة المواقع) يكون حين وصول الكتاب إلى المكتوب إليه فيقبله في مجلس وصول الكتاب.

30- لا يمكن اعتبار بقاء الرسالة الالكترونية في صندوق وارد الرسائل (للقابل) بدون فتح دلالة على القبول، أو بمجرد الإرسال إذ لا بد من فتح الرسالة والاطلاع على محتواها ومن ثم إبداء الموافقة من عدمها.

31- مكان انعقاد العقد الالكتروني هو مكان وجود القابل لأنه يكون معروفا لدى الموجب.

32- العقود التي يبرمها الصبي المميز عبر الانترنت، إذا كانت وسيلة الدفع فيه تابعة للأب يلزم العقد الأب لتقصيره في حفظ شيء هو من أخصّ خصائصه و إعطائه الرقم السّري، وأما إذا كانت وسيلة الدفع للصّبي فالصفقة لا تتم إلا بإذن الولي.

33- إن عقد المجهول هو عدم العلم بحالة أحد طرفي التعاقد عند إنشاء ا لعقد.

34- هناك عقود لابد من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها كالبيع والصّرف والسلم، و عقود لا يشترط ذلك فيها كالكفالة و الوصية و الوقف.

35- يمكن استعمال وسائل تقنية للتحقق من أهلية المتعاقد الآخر.

36- يمكن تصور وقوع الغلط في العقد الالكتروني كأن ينقر الشخص على أيقونة القبول.

37- تتنوع السلع في التعاقد الالكتروني إلى سلع إلكترونية وسلع منقولة تشمل أنواعا كثيرة من البضائع و الأسهم و المصنفات الفكرية والعلامات التجارية والمنافع.

38- السلع الالكترونية هي السلع التي تبرم وتنفذ عبر الوسائط الالكترونية كبرامج الحاسوب والصور بأنواعها و غيرها .

39- إن عقد شحن السلعة هو عقد وكالة بأجر.

40- بطاقات الائتمان تعد نوعا من أنواع دفع الثمن في التعاقد الالكتروني.

41- العلاقة بين المصدر وحامل البطاقة يتجاذبها احتمالان الكفالة أو الحوالة و الظاهر أنها كفالة ابتداء حوالة انتهاء.

42- العلاقة بين مصدر الحوالة و التاجر علاقة كفالة.

43- العلاقة بين حامل البطاقة و التاجر هي حوالة.

44- الالتزامات المالية قبل استخدام البطاقة كرسوم لإصدار ورسوم التجديد ورسوم الاستبدال يجوز تحصيلها من حامل البطاقة.

45- الالتزامات الناشئة بعد الاستخدام كالنسبة المقتطعة من التجار وحملة البطاقات عبارة عن سمسرة أو أجرة مقابل عمل و هو تحصيل الدين أو توصيله لمستحقيه.

46- البطاقة الذكية تعد نوعا من أنواع بطاقات الائتمان، ووجه الاختلاف متمثل في وجود ذاكرة حاسوبية تحتفظ بكمية كبيرة من المعلومات يمكن استدعاؤها عند الحاجة مع إمكانية التخاطب مع الوسائط الالكترونية، و هناك أوجه اختلاف و اتفاق بينها.

47- البطاقة المسبقة الدفع هي قيمة نقدية مخزنة على بطاقة مدفوعة مقدّما غير مرتبطة بحساب بنكي، تستخدم على نطاق واسع في عمليات الدفع و لها أنواع عديدة كبطاقة الخصم المباشر من الرصيد.

ثانيا: و ناقشنا في الباب الثاني الخيارات في العقود الالكترونية وآثار العقود الالكترونية وتوصلنا إلى النتائج الآتية:

1- ينتهي خيار المجلس في التعاقد الالكتروني المباشر باختيار لزوم العقد، وبالتفرق بحسب ما يقتضيه العرف كانقطاع زمن الاتصال، أو الانصراف عن مجلس العقد بعد تمامه.

2- ينتهي خيار المجلس في التعاقد الالكتروني غير المباشر (البريد الالكتروني) بمجرّد إطلاع الموجب على قبول و لم يعط جوابا.

3- ينتهي خيار المجلس في التعاقد عبر المواقع بانقطاع الاتصال بالشبكة أو بخروج القابل من الموقع.

4- يبرز خيار الشرط في التعاقد الالكتروني في البيع بشرط التجربة.

5- الضابط في اعتبار العيب من الوجود الحسي أو ظهور العيب و انكشافه بعد ما كان خافيا عن المشتري، ووجود اعتباري مبني على العرف و أهل الخبرة.

6- جواز ضمان أداء المبيع و صلاحيته، حيث يلتزم البائع اتجاه المشتري بسلامة السلعة من العيوب و صلاحيتها للعمل مدّة معينة.

7- تخريج ضمان أداء المبيع و صلاحيته، على ضمان العيب الحادث عند المشتري والمسند لسبب سابق، أو ضمان العيب الذي لا يطلع عليه المشتري إلا بتغير يحصل به استعلام و استكشاف العيب.

8- تخريج ضمان العيوب المستقبلية على أنه وعد من البائع للمشتري أو أنه بيع بشرط نفع البائع و خلصنا إلى أنه وعد بمنفعة البائع في المبيع.

9- يثبت خيار خلف الصفة للمشتري، أذا أوجد المبيع خلاف ما هو عليه في الكتالوج أو العيّنة عن طريق ما يسمى بضمان المطابقة.

10- لا نعتبر رؤية المبيع بالصور للمبيع، كالرؤية بالعين المجرّدة لاحتمال الغش والتدليس والتصغير والتكبير، وإخفاء للعيوب وإنّما تعدّ زيادة في الوصف و تقريبا للرؤية الحقيقية.

11- رؤية المعقود عليه عبر الشاشة لا تسقط حق المشتري في خيّار الرؤية.

12- تقليد العلامات التجارية و التصاميم و المصنفات يثبت للمشتري خيار التدليس.

13- تأخذ الإعلانات التجارية الكاذبة حكم التغرير القولي و يثبت بها الخيار.

14- القبض هو التخلية بين العاقد و المعقود عليه حقيقة أو حكما حسب العرف على الوجه يمكن التصرف فيه.

15- المعتبر في كيفية القبض هوالعرف، والخلاف الحاصل بين الفقهاء فيما يكون قبضا وإنما مرجعه إلى اختلاف الأعراف وبحسب تنوع الأموال.

16- إذا كان المعقود عليه في التعاقد الالكتروني سلعة إلكترونية، يتحقق قبضها بالنقل والتحويل من جهاز البائع إلى جهاز المشتري كالأفلام والصور والبرامج.

17- قبض السلع العينية يحصل بتوكيل البائع بالقبض أو بقبض المستندات باسم القابض أو بالقبض الحكمي أو بالتسجيل في سجلات معتبرة نظاما و قانونا كالأسهم و السندات أو توكيل شركة الشحن بالقبض.

18- قبض الثمن يكون بالقيد المباشر في الحساب.

19- يعتبر الصرف الالكتروني أحد أشكال العقود الالكترونية التي ظهرت نتيجة التطور الحاصل في مجالات الاتصالات الحديثة وهو نوعين: صرف عبر وسائل اتصال لنقل اللفظ وصرف عبر وسائل اتصال لنقل المكتوب.

20- لا يتحقق القبض الفوري في عمليات الصرف التي تتم عبر الانترنت، وأما إذا تواعد المتصارفان فقط عبر هذه الوسائل وعدا غير ملزم، ثم أبرما العقد و تقابضا في وقت لاحق فلا حرج في ذلك.

21- البطاقات الالكترونية على اختلاف أنواعها في التعامل تتصف بميزتين أساسيتين لهما بالغ التأثير في حكم إجراء الصرف بواسطتهما، و هو كون البطاقة مغطاة أو غير مغطاة.

22- يعتبر التقابض ببطاقات الدفع الالكتروني المغطاة تقابضا حكميا، ما دامت خالية من الشرط الفاسدة، أما في حالة البطاقة غير المغطاة يكون تحرير القسيمة والتوقيع عليها بدون رصيد قبضا حكميا، لأن بنك المصدر كفيل بالدفع وحسم المبلغ لفائدة البائع ولا يختلف أن يكون من حساب حامل البطاقة أو من حساب بنك المصدر في حالة عدم وجود رصيد لحامل البطاقة.

23- يصح الاعتماد على الكتابة الالكترونية و الاستناد إليها كحجّة في الإثبات.

24- للتوقيع الالكتروني صور كثيرة كالتوقيع بالرقم السّري، أو باستخدام القلم الالكتروني، أو باستخدام الخواص البشرية.

25- يجوز استخدام التوقيع الالكتروني في تحديد شخص صاحب التوقيع بشرط أن تضمن جهّة محايدة صحة التوقيع الالكتروني كهيئة حكومية أو منظمة دولية.

وفي الأخير هذا جهد متواضع من طالب علم مقلّ لا يدري وهو يدري أنه لا يدري، و لا يدّعي السبق في هذا البحث مقر بفضل من سبقوه، باسطا كفّ وتصدقوا علينا بتوجيهاتكم لتلافي ما اعترى جهدي هذا من تقصير وسدّ ما صاحبه من خلل وهذا كائن لا محالة، ورحم الله رجلا أهدى إلينا عيوبنا و ذكّرنا بأخطائنا و تقصيرنا، متوسلا إلى الله أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم.

و الحمد لله أولا و آخرا وصلى الله على سيدنا محمد و على آله و صحبه و من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

الفهارس

1. فهرس الآيات القرآنية
2. فهرس الأحاديث والآثار
3. فهرس الأعـلام
4. فهرس المصادر والمراجع
5. فهرس الموضوعـات

1. فهرس الآيات القرآنية

2. فهرس الأحاديث النبوية والآثار

3. فهرس الأعلام

4- فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

أولا: الكتب

1- إبراهيم، أحمد ، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية، القاهرة،مصر.

2- إبراهيم، حسن عبد السميع، المعاملات المالية الالكترونية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ، ط1 ، 2011

3- الإبراهيم، محمد عقلة، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء، الأردن ، ط1 ، 1986

4- ابن العماد، عبد الحي بن أحمد بن محمد ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق محمود الأرناؤوط، دار بن كثير، دمشق، الطبعة الأولى، 1986.

5- ابن القنوجي، صديق بن الحسن ، أبجد العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1987 .

6- ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، إعلام الموقعين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، لبنان.

7- ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، تهذيب السنن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ط2 ، 1995

8- ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي،الطرق الحكيمة، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان.

9- ابن المرتضى، أحمد بن يحي، بن البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ، ط2 ، 1975

10-ابن المطرز، أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي، المغرب في ترتيب المعرب، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سوريا ، 1979 .

11-ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم ، الإجماع ، دار الدعوة ، الإسكندرية ، ط2 .

12-ابن الهمام، كمال الدين، فتح التقدير، دار الفكر، بيروت، لبنان.

13-ابن تيمية، أبي العباس تقي الدين أحمد، مجموع الفتاوى، تحقيق حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

14-ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، لبنان.

15-ابن حبان ،أبو حاتم محمد ، صحيح ابن حبان ، تحقيق شعيب الارناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ،1993.

16-ابن حجر ، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني ، لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان ، ط3 .

17-ابن حجر ، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني ،تهذيب التهذيب، مأمون شيحا و آخرون، دار المعرفة، بيروت، لبنان ، ط1 .

18-ابن حجر ، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني ،فتح الباري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

19-ابن حجر ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، تحقيق محمد عبد المعين ضان ، دائرة المعارف العثمانية ، الهند ،ط2 .

20-ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقيق محمد علد المعيد ضان، دائرة المعارف العثمانية، الهند، الطبعة الثانية، 1972.

21-ابن حزم، علي بن أحمد، الإحكام في أصول الأحكام، مطبعة العاصمة، القاهرة، مصر

22-ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى، دار الأوقاف الجديدة، بيروت، لبنان.

23-ابن رجب، عبد الرحمن، القواعد، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

24-ابن رشد، محمد بن أحمد ، بداية المجتهد، دار الكتب العلمية، بيروت.

25-ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار، المكتبة التجارية، مكة، السعودية.

26-ابن عبد البر، أبو عمر يوسف، التمهيد، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المغرب.

27-ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الحديث، القاهرة، مصر.

28-ابن فرحون، إبراهيم بن علي، الديباج المذهّب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق المأمون بن محي الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 ، 1996.

29-ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد تقي الدين ، طبقات الشافعية، تحقيق الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1.

30-ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد ، المغني، تحقيق عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو، دار هجر للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

31-ابن كثير، عماد الدين إسماعيل، البداية و النهاية، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر، مصر، ط1 .

32-ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي، (د.ت.ط).

33-ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، الفروع، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

34-ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإعلامي، بيروت، لبنان.

35-ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل ، لسان العرب ، المؤسسة المصرية .

36-ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، 1985

37-ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان ، ط2

38-أبو العز، علي محمد أحمد، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1 ،2008 .

39-أبو الغيط، رشا مصطفى، الحماية القانونية للكيانات المنطقية، دار الفكر الجامعي، مصر ، 2003 .

40-أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية، جامعة الكويت، الكويت ، ط1 ، 2003 .

41-أبو الهيجاء، محمد إبراهيم، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، الأردن ، ط1 ، 2005 .

42-أبو حبيب، سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، بيروت، لبنان ، ط1 ، 1982 .

43-أبو داوود ، سليمان بن الأشعث ،سنن أبي داوود ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية ، بيروت .

44-أبو زهرة، محمد، الملكية الفردية و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة،مصر ، 1977 .

45-أبو زيد، بكر عبد الله، بطاقة الائتمان حقيقتها البنكية التجارية و أحكامها الشرعية، الرسالة، بيروت، لبنان .

46-أبو سليمان، عبد الوهاب، البطاقة البنكية الإقراضية و السحب المباشر من الرصيد، دار القلم، دمشق،سوريا

47-أبو غدة، عبد الستار، الخيار و أثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت.

48-الأزهري ، صالح عبد السميع الآبي ، جواهر الإكليل ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ط1 ، 2002.

49-الأزهري، صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.

50-الأسير، يوسف، مجلة الأحكام العدلية، مكتبة الآداب، بيروت، لبنان،1877.

51-الألباني، محمد ناصر، صحيح سنن ابن ماجة، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية.

52-الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ، ط2 .

53-بازرعة، محمد صادق، إدارة التسويق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، ط8 ، 1988 .

54-البجيرمي، علي الخطيب سليمان، حاشية البجريمي على شرح منهج الطلاب، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا.

55-البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر

56-براهام بل، العالم الأمريكي السكندر حسن عماد مكاوي، تكنولوجيا الاتصال الحديثة في عصر المعلومات، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، ط2 ،1997 .

57-البشكاني، هادي مسلم يونس، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر،2009.

58-البعلبكي، منير، المورد الحديث، دار الملايين، بيروت، لبنان،ط16، 1982.

59-البغدادي أبو بكر أحمد بن علي ، تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

60-البناني، ثابت ابن أسلم،حاشية البناني على الزرقاوي، دار صادر، بيروت، لبنان.

61-البهوتي، منصور بن يونس ،كشاف القناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

62-البهوتي، منصور بن يونس،شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، لبنان ، ط2 .

63-البوطي، محمد سعيد رمضان، البيوع الشائعة و أثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق، سوريا ، ط1 ، 1998 .

64-البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى ، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية– بيروت، ط3، 2003م،

65-بيومي ، عبد الفتاح ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2007.

66-الترمذي، أبو عيسى محمد ، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي– بيروت، ط: 1998م.

67-التسولي، علي عبد السلام أبو الحسن ، البهجة في شرح الخفة، ضبطه و صححه عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1 ، 1998 .

68-التهامي، سامح عبد الوهاب، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر ، ط2 ، 2008 .

69-التهانوي، محمد علي بن علي، موسوعة اصطلاحا، العلوم الإسلامية، شركة الخيّاط، بيروت، لبنان.

70-الجرجاني، أبو بكر عبد القاهر، التعريفات، تحقيق إبراهيم الابياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان ، ط1 .

71-الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

72-الجلي ابن الحسن ، تعريف عقلاء الناس بحكم معاملة بزناس و ما شابههما في الفرع أو الأساس، دار الجنان و الدار الأثرية للنشر و التوزيع، الأردن.

73-جمال عبد الرحمان محمد علي ، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2004.

74-الجنبيهي، منير و ممدوح، العلامات و الأسماء التجارية، دار الفكر الجامعي، مصر،2000.

75-الجنكو ، علاء الدين بن عبد الرزاق ، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصر ،دار النفائس الأردن ، ط1 ، 2004.

76-الجوهري، أبو نصر اسماعيل بن حماد، تاج اللغة و الصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.

77-الحاكم، أبو عبد الله ، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، 1990م.

78-حجازي، عبد الفتاح بيومي، التجارة الالكترونية و حمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة،مصر

79-حجازي، عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002 .
80-حجازي، عبد الفتاح بيومي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 .
81-حسن، محمد عبد الظاهر، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1 ، 2002 .
82-الحسيني، عماد الدين خلف، عالم الاتصالات بين الماضي و الحاضر و المستقبل، مركز الأهرام للترجمة و النشر، القاهرة ، ط1 ، 2000 .
83-الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، دار العالم الكتب، السعودية.
84-الحمادي، عبد الله محمد، التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، مكتبة الفرقان، الإمارات ، 2005
85-الحموي، محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين ، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، دار صادر، بيروت.
86-الحميتي، عبد الرزاق رحيم، حكم التعاقد عبر أجهزة الاتصال الحديثة، دار البيارق، الأردن.
87-خاطر، نوري حمد، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة موازنة .، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،ط1،2001.
88-الخرشي ، أبو عبد الله محمد بن جمال الدين ، شرح الخرشي على خليل ، دار صادر ،بيروت.
89-الخفيف، علي، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنّة المحمدية، القاهرة، مصر، 1954 .
90-الخليل، أحمد بن محمد، الأسهم و السندات، و أحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية ، ط1 .
91-الخن، مصطفى و آخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم ، دمشق،سوريا، ط7 ، 2006 .

92-الدارقطني، أبو الحسن بن علي بن أحمد ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الارناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، 2004م،

93-داغي ، علي محي الدين القرة ، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1 ، 1992 .

94-داغي، علي محي الدين القرة ، مبدأ الرضا بين العقود، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القانون، دار البشائر، بيروت ، ط1 ، 1985 .

95-داوود ، أحمد محمد ،أصول المحاكمات الشرعية ، دار الثقافة ، ط1 ،2004.

96-الدردير ، أحمد بن أحمد بن أبي حامد ، الشرح الصغير على أقرب المسالك ، دار المعارف ، مصر

97-الدريني، فتحي، النظريات الفقهية، جامعة دمشق،سوريا ، ط1 ، 1989 .

98-الدريني، نشأت إبراهيم، التراضي في عقود ا لمبادلات المالية، دار الشروق، السعودية،ط1،1982.

99-الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، دار الفكر بيروت، لبنان.

100- دياب، أسعد ، ضمان عيوب المبيع الخفيّة، دار اقرأ، بيروت، لبنان.

101- الذنون، محمد حسن علي، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة و النشر، بغداد، العراق ، 1976 .

102- الذهبي، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 .

103- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله ، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1997.

104- الرازي ، أبو عبد الله محمد بن عمر ، مختار الصحاح ، دار الكتب العربية .

105- رسميس روي و آخرون، التجارة الالكترونية، ترجمة خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003 .

106- رضوان، فايز نعيم، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء، المنصورة ، 1990 .

107- الرملاوي ، محمد سعيد ، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ،2006.

108- الرملي ، محمد بن أحمد بن حمزة ، نهاية المحتاج إلى شرح الفاظ المنهاج ، دار الفكر للطباعة ، دمشق ، 1404هـ.

109- الرهوني، محمد بن أحمد بن يوسف، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان.

110- الرومي، محمد أمين، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، ط1 ، 2004 .

111- الرومي، محمد أمين، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2006 .

112- الزبيدي ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق ، تاج العروس ، دار الفكر ، القاهرة .

113- الزحيلي ، وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ط1 ، 2009.

114- الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية و المدنية، مطابع مؤسسة جدّة، 1981

115- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت، لبنان ، ط9 ، 1967 .

116- الزركلي، خير الدين بن محمود ، الأعلام، دار العلم، بيروت، ط1، 2002.

117- الزعبي ، محمد بلال ، الحاسوب والبرمجيات الجاهزة ، دار وائل للنشر ، ط6 ، 2003.

118- زكي جمال ، البيع الالكتروني للسلع المقلّدة عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر ، 2008 .

119- الزيلعي، عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، دار الحديث، القاهرة، مصر.

120- الزيلعي، عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر.

121- السالوس، علي أحمد ، النقود و استبدال العملات، دراسة و حوار، مكتبة الفلاح، الكويت.

122- السالوس، علي احمد، فقه البيع و الاستيثاق و التطبيق المعاصر، دار الثقافة، قطر ، 2003

123- سامي، فوزي، محمد شرح القانون التجاري، دار مكتبة التربية، بيروت، لبنان، 1977 .
124- السبكي ، تكملة المجموع ، دار الفكر ، بيروت .
125- السبكي، أبو نصر تاج الدين، طبقات الشافعية، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، محمد الطناحي، هجر للطباعة،ط2.
126- سحنون، عبد السلام أبي سعيد، المدونة، مطبعة السعادة، تصوير دار صادر، بيرون، لبنان.
127- سراج، محمد أمين أحمد، نظرية العقد و التعسّف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،مصر، 1998 .
128- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1 .
129- سعادة،جودت، عادل فايز السرطاوي، استخدام الحاسوب و الانترنت في ميادين التربية والتعليم، دار الشروق للنشر و التوزيع، عمان، الأردن ، 2003 .
130- السعيدي، عبد الله بن محمد، الرّبا في المعاملات المصرفية المعاصرة، دار طيبة للنشر والتوزيع السعودية، ط2 .
131- سلطان بن إبراهيم الهاشمي ، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، دار كنوز إشبيليا،الرياض ، ط1 ، 2011.
132- السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ط1 ، 1984
133- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، ط1 ، 2006 .
134- السند ، عبد الرحمان ، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية ، دار الوراق ، الرياض ،ط1
135- السنهوري ، عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار إحياء التراث العربي ، مصر
136- سوار، محمد وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1960 .

137- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ط1 .

138- الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي ، الموافقات ، تحقيق عبد الله دراز ، دار المعرفة .

139- الشافعي، محمد بن إدريس، الرسالة، تحقيق أحمد محمد، القاهرة، مصر.

140- الشبيلي، يوسف، الخدمات الاستثمارية في المصارف، دار ابن الجوزي، السعودية،ط1،2005.

141- الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

142- شرح قانون المبادلات و التجارية الالكترونية التونسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية

143- الشرقاوي، جميل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976 .

144- الشرقاوي، محمود سمير، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1971 .

145- شفيق، محسن، الوسائط في القانون التجاري المصري، البيوع البحرية و الشحن، مطبعة اتحاد الجامعات ، ط2 .

146- شلبي، مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، لبنان ، ط10 ، 1985 .

147- الشماخي ، عامر بن علي ، الإيضاح ، دار الفتح ، بيروت ،ط2

148- الشماع، فائق محمود، الحساب المصرفي، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن.

149- الشواربي، عبد الحميد، الشيك من الناحيتين التجارية و الجنائية، منشأة معارف، الإسكندرية، مصر.

150- الشوكاني ، محمد بن علي ، فتح القدير، دار الفكر ، بيروت.

151- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1 .

152- صبري، ماهر إسماعيل، الموسوعة العربية لمصطلحات التربية و تكنولوجيا التعليم، مكتبة الرشيد، الرياض ، ط1 ، 2002 .

153- العايد، عبد الرحمان، عقد المقاولة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، السعودية.

154- عباس، ناصر محمد، الوسائل الالكترونية و دورها في عقد البيع، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر.

155- عبد الحليم، عمر محمد، الجوانب الشرعية و المصرفية و المحاسبة لبطاقات الائتمان، مؤسسة إنتراك للنشر و التوزيع، القاهرة، ط1 ، 1997 .

156- عبد الحميد ، ثروت، التوقيع الالكتروني، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ، ط2 ، 2002

157- عبد الرحمان، أحمد شوقي، محمد مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ، 2007 .

158- عبد الرحيم، ثروت علي ، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، مصر، ط2 ، 1996 .

159- عبد الستار أبو غدة، و أحمد محي الدين، فتاوى بطاقات الائتمان، مجموعة دله البركة، السعودية ، ط1 ، 2004 .

160- عبد السلام، سعيد سعد، الحماية القانونية لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية ، 2002 .

161- العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، التاج و الإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان ، ط2 .

162- العبودي، عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ، 1997 .

163- العبودي، عباس، الحجيّة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، ط1،2002 .

164- العبودي، عباس، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن،ط2،1999 .

165- عبيدات،لورنس محمد، إثبات المحرّر الالكتروني، دار الثقافة، الأردن،ط1،2005.

166- العجلوني، إسماعيل، كشف الخفاء و مزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، مكتبة التراث الإسلامية، حلب، دار التراث، القاهرة، مصر

167- العدوي، علي بن أحمد بن مكرم، حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان،ط2،1994.

168- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مؤسسة الرّيان للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان.

169- علي، جابر محجوب، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، بيروت.

170- علي، جمال عبد الرحمان محمد، الحجية القانونية للمستندات الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر،2004.

171- العميرة، أحمد بن عبد العزيز، نوازل العقار، دارسة فقهية أصلية لأهم قضايا العقار المعاصرة ، دار الميمان ، الرياض ،ط1 .

172- عوض علي جمال الدين ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

173- عياض، أبو الفضل، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق سعيد احمد أعراب مطبعة فضالة المحمدية، المغرب.

174- العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان،ط1،1990.

175- الغرياني، صادق عبد الرحمن علي، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الرّيان، بيروت، لبنان،ط1،2006.

176- الفاروقي، حارث سليمان، المعجم القانون (انجليزي-عربي)، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان،ط3،1997.

177- فرج، عبد الرزاق حسن، دور السكوت في التصرفات القانونية، مطبعة المدني، القاهرة،مصر،1970.

178- الفنتوخ، عبد القادر بن عبد الله، الانترنت (مهارات و حلول)، مكتبة الشقري، الرياض، السعودية،ط1،2001.

179- الفيروز آبادي، مجيد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط،دار الفكر ، بيروت ،ط1،2003.

180- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان،ط2.

181- قاحوش ، نادر الفرد ، العمل المصرفي عبر الانترنت ، الدار العربية للعلوم ، بيروت ، ط1، 2001.

182- القرافي، شهاب الدين أحمد، الذخيرة، تحقيق محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان،ط1،1994.

183- القرطبي، محمد بن أحمد الانصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

184- قلعة جي وقنيبي، محمد رواس، قنيبي حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، دار الأندلس، بيروت، لبنان.

185- القلقشندي، أحمد بن علي، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1،1987.

186- قورة، نائلة عادل محمد فريد ،جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت، لبنان.

187- القيسي، عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في ا لقانون المدني المقارن المكتبة القانونية، عمان الأردن،2002.

188- الكاساني، أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،ط1،1982.

189- الكتاني ، عبد الحي ، فهرس الفهارس، تحقيق إحسان عباس، دار الغرب، بيروت، الطبعة الثانية، 1982

190- لطفي، محمد حسام، عقود خدمات المعلومات، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النشر، القاهرة، مصر،1994.

191- مالك، بن أنس بن عامر الأصبحي ، الموطأ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ط1، 2003م.

192- الماوردي ، أدب القاضي ، مطبعة العاني ، بغداد ،1972 .

193- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق على محمد معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت.

194- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب،النكت و العيون، تفسير الماوردي، راجعه عبد المقصود ابن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

195- مبروك، محمد محمد علي، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، مصر،2007.

196- متولي ، رضا، الضرورة العلمية للإثبات بصور المحرّرات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

197- مجاهد، أسامة أبو الحسن، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر،2007.

198- مجاهد، أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر،2000.

199- محي الدين الحنفي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانة ، كراتشي.

200- المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث، بيروت

201- مرقس، سليمان، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، مصر،ط1،1956.

202- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي– بيروت،

203- المصلح، خالد بن عبد الله، الحوافز التجارية و التسويقية و أحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية،ط2،2005.

204- المطالقة، محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع،ط3،2001.

205- مطر، عصام عبد الفتاح، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية و ا لأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،ط1،2009.

206- المليجي ، أسامة شوقي ، إستخدامات التقنيات العلمية الحديثة وأثرها على قواعد الإثبات – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر 2000.

207- ممدوح إبراهيم خالد ، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،ط1،2008.

208- المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعريف، عالم الكتب، القاهرة،مصر،1990.

209- منصور، محمد حسين، ضمان صلاحية المبيع لمدة معيّنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.

210- المنيع ، عبد الله ، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ، المكتب الإسلامي ، ط1 ،1996.
211- موسى، محمد يوسف، الفقه الإسلامي مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه، مطابع دار الكتاب العربي، مصر،ط3،1957.
212- المومني، بشار، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، عالم الكتب الحديث، الأردن،ط1،2004.
213- الناصر، عبد الله ابن إبراهيم، العقود الالكترونية، دراسة فقهية مقارنة، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كليّة الشريعة والقانون، دبي،2003.
214- ناصف إلياس ، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية،ط1،2009.
215- النسائي، أحمد بن شعيب ، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط1: 2001م،
216- نصيرات، علاء محمد، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دار الثقافة، الأردن،ط1،2005.
217- نظام، الشيخ، الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،ط4.
218- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، لبنان.
219- النووي ، المنهاج ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط2
220- النووي، أبي زكريا محي الدين بن شرف، المجموع، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
221- النووي، أبي زكريا محي الدين بن شرف، تهذيب الأسماء و اللغات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
222- النووي، أبي زكريا محي الدين بن شرف، روضة الطالبين و عمدة المتقين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،ط2.
223- الهيتي ، عبد الرزاق رحيم ، حكم التعاقد عبر أجهزة الاتصال الحديثة ، دار البيارق ، الأردن ، ط1 ، 2000.

224- وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، طباعة ذات السلاسل، الكويت،ط2،1983.

225- الونشريسي ، أحمد بن يحيى ، المعيار المعرب ، تحقيق مجموعة من الفقهاء ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ط1.

226- الونشريسي، أحمد بن يحي، المعيار المعرب، تحقيق مجموعة من الفقهاء بإشراف محمد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان،ط1.

227- يوسف، أمير فرج، بطاقات الائتمان و الحماية الجنائية لها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،2008.

ثانيا: الرسائل الجامعية

228- آل علي، إبراهيم عبيد علي، العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، كلية الحقوق،2010.

229- بدوي، عاصم أحمد عطية، أحكام الصرف الالكتروني في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين،2010.

230- بلعباس،مراد، قاعدة التقابض في العقود المالية و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر(01)،2015/2014.

231- الحواجرة ، وليد خليل محمد ، العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي والقانون –دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ،كلية الدراسات الأردنية ، 2010.

232- خليفة، عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،2004.

233- الراشدي، بيسمان نواف فتحي حسين، عقود التجارة الالكترونية و قواعد إبرامها، مذكرة ماجستير، معهد البحوث و الدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، مصر،2008.

234- الزريقات ، عمر خالد ، عقد البيع عبر الانترنت ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، القاهرة .
235- الزهراني، عدنان بن جمعان بن محمد، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، السعودية.
236- سلهب، عبد الله صادق، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2008.
237- السند، عبد الرحمان، الأحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، دار الوراق، الرياض، السعودية.
238- الشافعي، جابر عبد الهادي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر،1999.
239- شوكت ، عرفات فتحي ، بطاقة الائتمان البنكية في الفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ،2007.
240- صوص، منصور عبد اللطيف منصور، القبض و أثره في العقود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية التعليم العالي، نابلس، فلسطين،2000.
241- عبد الفتاح، سمير طه، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستخدمة في الإثبات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.
242- العمر ، أيمن محمد ، المستجدات في وسائل الإثبات ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، 2002.
243- عيسى، كاظم عبد السادة، التعاقد بين غائبين في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة القاهر، مصر،1984.
244- المناصير، علي عبد الكريم محمد، الإعلانات التجارية مفهومها و أحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات، الأردن،2007.
245- ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، الجامعة العراقية، كلية الشريعة،2012.

خامسا: المجلات والدوريات

246- أبو غدة، عبد الستار، ثورة الاتصال و آثارها، بحث مقدّم إلى منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، منتدى الفكر الإسلامي،2005/1426.

247- أبو ليل ، محمد محمود ، البيع بشرط البراءة إلى العيب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية ، المجلد العاشر ، العدد الثاني ، 2014.

248- بحوث مجلة المجمع الفقهي، الدورة الخامسة، الكويت، جمادى الأولى 1409 هـ، ديسمبر 1988، العدد الخامس .

249- بحوث مجلة المجمع الفقهي، الدورة السادسة، السعودية، شعبان 1410هـ، مارس 1990، العدد السادس، الجزء الثاني ، رقم 55.

250- بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بشأن إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، دورة المؤتمر الرابع، جدة، السعودية.

251- بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دورة المؤتمر الثاني عشر، الرياض، السعودية،2000.

252- الزرقا ، محمد أنس ، السويلم ساهي ، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي بحث منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الحادي عشر .

253- الشرقاوي ،محمود سمير ، الإلتزام بالتسليم في عقد البضائع ،مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الثالث والرابع ، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع ، 1976.

254- الشرقاوي، محمود سمير، الالتزام بالتسليم في عقد البضائع، مجلة القانون و الاقتصاد، العددان الثالث و الرابع، الشركة المتحدة للنشر و التوزيع.

255- الضرير ، محمد الأمين ،عقد الصيانة وتكييفها الشرعي ، بحث منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، السعودية ، العدد الحادي عشر .

256- الضرير ،محمد الأمين ، بطاقة الائتمان، بحث منشور ضمن مجلة الفقه الإسلامي، جدّة، السعودية، العدد الثاني عشر ، 2000.

257- المصري ، رفيق يونس ، عقد التوريد والمناقصات ، بحث منشور ضمن مجلة مجمع الفقه إسلامي ، العدد الثاني عشر .

ثالثا: النصوص القانونية

258- القانون الإماراتي الاتحادي رقم 01/06 الصادر بتاريخ 2006/01/30 الجريدة الرسمية رقم 442، المؤرخة في جانفي 2006.

259- قانون الأونيستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، النسخة العربية، صادر في جلسة رقم (85) بتاريخ 16 ديسمبر 1996.

260- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم:78 المؤرخة في:10 يونيو 1966 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

5- فهرس الموضوعات

الملخص بالعربية

والإنجليزية

ملخص المذكرة باللغة العربية

إن من أهم مخرجات المعرفة العلمية في العصر الحديث هو ظهور شبكة الانترنت، و عدم حصر خدماتها بنطاق مكاني أو زماني معيّن، أو بشريحة معينة من المستخدمين، و لقد أدى ظهور الانترنت إلى ظهور نوع جديد من الاقتصاد يسمى الاقتصاد الرقمي الذي تجسّد في ظهور المعاملات الالكترونية و التي ولدت نتيجة تزاوج التقنية بالمعلومة، و قد أدى ذلك أيضا إلى تحول أنماط التعاقدات من النمط التقليدي المادي الورقي إلى نمط التقني الالكتروني، حيث ظهر العقد الالكتروني و الذي يبرم بين أفراد لم يلتقوا في الواقع العملي، و من الممكن ألا يلتقوا مستقبلا، ذلك انه عبر الانترنت يتحقق لقاء افتراضي يتم فيه إبرام العقد،و تغير تبعا لذلك مفهوم الغيبة والحضور التقليديين، وظهر نوع جديد من العقود فيه حضور زماني و غياب مكاني.

و قد أدى هذا التطوّر إلى التأثير في نظرية العقد في الفقه، حيث أصبحت الحاجة ملحة إما إلى خلق قواعد و نصوص خاصة مستقلة تعالج متطلبات المعاملات الالكترونية أو العمل على تطويع وتطوير القواعد الفقهية التي تحكم العقود التقليدية لاستيعاب التقنية الحديثة.

رغم أهمية العقود الالكترونية، إلا أن الاتفاق على تعريف واحد جامع مانع للعقود الالكترونية يبدو صعبا نظرا لاختلاف الأعراف و الأنظمة الدولية، ووجهات النظر من رجال القانون و الفقه، و المنظمات الدولية، فالعقد الالكتروني هو الذي يبرم عبر شبكة الانترنت، لأن هذا النمط هو جوهر العقد الالكتروني و مرتبط به، أما الوسائل الأخرى كالهاتف و الفاكس، فقد أصبحت تقليدية بالنسبة لشبكة الانترنت و إن كانت تسمى جميعا بوسائل الاتصال الحديثة.

و تتعدد أنواع العقود الالكترونية، فمنها عقود الخدمات الالكترونية و هي تلك العقود التي تقدم خدمات الانترنت و كيفية الاستفادة منها باعتبارها السبيل الموصلة إلى إبرام العقود، و

هذه العقود تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة والمستفيدين منها مثل: (عقد الدخول الفني للانترنت، عقد الإيجار المعلوماتي...) .

بالإضافة إلى تنوع طرق إجراء العقود إلكترونيا، و هناك التعاقد عبر البريد الالكتروني أو التعاقد عبر شبكة المواقع أو غرف المحادثة و المشاهدة.

ولما كان الأساس في العقود هو تحقق الرضا و التعبير عنه وإظهاره بأي وسيلة مفهمة، فليس في الشرع ما يمنع من تقبل مستحدثات العقود مع مراعاة عدم مخالفة الأحكام الفقهية و يعد التعاقد الالكتروني

تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان، و تعاقد بين غائبين من حيث المكان، باعتبار أن الضابط في اعتبار العقد بين حاضرين إلكترونيا هو المعيار الزّمني.

و المبيع في التعاقد الالكتروني إما أن يكون سلعة إلكترونية حاضرة كبرامج الحاسوب ويتم التحميل مباشرة من حاسوب البائع إلى حاسوب المشتري في لحظات، و قد يكون المبيع عينا غائبة عند مجلس العقد، فهذا النوع يعتبر من قبيل بيوع الغائب(الغائب على الصفة، البرنامج، الأنموذج) و هو اظهر و أوضح في بيع الغائب على الصفة و البيع على البرنامج.

قواعد إبرام العقود الالكترونية:

مع تطور وسائل الاتصال الحديثة، و ظهور وسائل جديدة لإظهار المتعاقد رضاه في الفضاء الافتراضي برزت الحاجة إلى وجود قواعد جديدة تحكم التعبير عن الإرادة و تلاؤم الوسائط الالكترونية و يعبّر عن الإيجاب و القبول عبر شبكة المواقع بالكتابة الالكترونية و ذلك باستخدام لوحة المفاتيح أو النقر على أيقونة الموافقة، و يكون الإيجاب و القبول عن طريق البريد الالكتروني باستخدام لوحة المفاتيح و كذلك بالنقر على أيقونة الإرسال و هي لا تخرج في عمومها عن أحكام التعبير عن الإرادة باللفظ عند الفقهاء.

و لا يختلف الإيجاب و القبول في العقد الالكتروني عن الإيجاب و القبول في العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في التعبير عنهما، إذ يتم الإيجاب و القبول في العقد الالكتروني من خلال وسيلة إلكترونية سواء بطريقة لفظية، أو كتابة إلكترونية، أو دلالة فعلية من خلال شبكة الانترنت عبر الدخول إلى شبكة المواقع المعنية، أو البريد الالكتروني أو غرف المحادثة و المشاهدة للتعبير عن الإرادة.

و يبدأ مجلس العقد في التعاقد الالكتروني بالمحادثة اللفظية المباشرة عبر غرف المحادثة و المشاهدة من وقت صدور الإيجاب و يستمر حتى انتهاء أو انقطاع المكالمة، أو بالخروج من الموقع، أما إذا لم تكن المحادثة اللفظية مباشرة، فيبدأ مجلس العقد من سماع القابل للرسالة الصوتية و يستمر إلى غاية القبول أو الرفض، أو انتهاء المدة إن وجدت، و أما في حالة التعاقد عبر شبكة المواقع فيبدأ مجلس العقد من بداية دخول الراغب في التعاقد إلى موقع الشركة العارضة عبر شبكة المواقع و يستمر إلى غاية خروجه من الموقع، و نظرا لوجود بعد زماني و مكاني في التعاقد الالكتروني، تشير مسألة تحديد زمان و مكان إبرام العقد الالكتروني عدّة إشكالات انطلاقا من وجود الفارق الزمني بين الإيجاب و القبول، و لمعرفة زمان و مكان إبرام العقد الالكتروني نرجع إلى الوسيلة المستخدمة، و عليه يكون وقت انعقاد العقد عبر الوسائط الالكترونية (البريد الالكتروني، شبكة المواقع)، هو زمن دخول الرسالة الالكترونية التي

تتضمن القبول إلى صندوق الوارد الخاص بالموجب، لأن استلام القبول قرينة لاعتبار العلم به، و أما مكان العقد و إبرامه فهو مكان صدور القبول الالكتروني، و الذي أرسلت منه الرسالة الالكترونية التي تتضمّن القبول و هو المكان القابل، لأنه يكون معروفا لدى الموجب.

إن العقود الالكترونية تتم بدون وجود مادّي ملموس لأطرافها في مجلس العقد، بل هو مجلس افتراضي تتحدّث فيه لغة البيانات و الأرقام، و يتطلب لصحّة العقد و اعتباره شرعا أن يتوفر في العاقدين أهلية التعاقد، و خلو الرضا من عيوب الإرادة، و بما أن العقد الالكتروني يتم عن بعد يصعب على كل من المتعاقدين التحقق من أهلية الآخر، و خاصة أن الوسائط الالكترونية لم تعد حكرا على فئة معيّنة، فقد يبرم صبي صغير أو ناقص أهلية أو عديم أهلية عقد إلكتروني بناء على حصوله على بطاقة أحد والديه أو بطاقة مسروقة من أحد و يستعملها في التعاقد، و ربما يتعاقد على سبيل اللهو و اللعب، و لعلاج هذه المسألة لا بدّ من النظر إلى حالتين: إن كانت وسيلة الدفع تابعة للأب و استعملها ولده يلزم العقد الأب للتقصير في حفظ شيء من خصوصيته، و أما غن كانت وسيلة الدفع للابن فالعقد لا يتم إلا بإذن الولي.

و لتفادي مثل هذه المشكلات تم استحداث وسائل تقنية للتحقق من أهلية المتعاقد.

و يمكن تصور وقوع الغلط في التعاقد الالكتروني، كأن ينقر الشخص فوق أيقونة القبول أو الإرسال فينعقد العقد دون إرادة المتعاقد ذلك وحتى يكون الضغط على أيقونة القبول أو الإرسال تعبيرا جديّا عن رغبة المتعاقد في قبول الإيجاب، فقد اقترح أكثر الفقهاء الأخذ بنظام تأكيد القبول، والمقصود بهذا النظام أن يتم القبول على مرحلتين، حيث يظهر للموجب الصفحة التي تتضمن شروط العقد فيضغط على أيقونة القبول ثم تظهر له بعد ذلك رسالة تتضمن سؤالا " هل تقبل بالتأكيد هذا العقد"؟، فإذا ضغط على أيقونة القبول المكتوب عليها نعم فيكون بذلك قد انعقد العقد.

و تكون العقود الالكترونية عقودا إلكترونية كليا، حيث تتم إجراءات التعاقد من إيجاب و قبول، و دفع للثمن، و تسليم لمحل العقد عبر وسيلة إلكترونية و ذلك في حالة أن يكون المعقود عليه سلعا إلكترونية لا جرم لها مثل برامج الحاسوب، و الكتب الالكترونية، و أسماء المواقع والصفحات الالكترونية.

و قد تكون عقودا إلكترونية جزئيا، حيث يتم التعاقد و دفع الثمن إلكترونيا و يتم تسليم محل العقد بغير وسائل الكترونية.

الخيارات و تطبيقاتها في العقود الالكترونية:

لقد شرع الخيار للإستيثاق من الرضا و التحقق من وجوده، و نظرا لخصوصية الوسائل التي يبرم بها العقد الالكتروني، أدى ذلك إلى ظهور جوانب مستجدّة في الخيارات حيث أن المتعاقدين لم يلتقيا بأبدانهما فكيف يتفرقا؟.

لقد خلق العرف الالكتروني صورا للتفرّق في الفضاء الافتراضي، كالانقطاع و الخروج من الموقع، و يثبت خيار المجلس للعاقدين ما دام المجلس قائما خلال زمن الاتصال.

و يظهر خيار الشرط في التعاقد الالكتروني من خلال الصور الآتية:

1- أن ينص صراحة على اشتراط هذا الخيار.

2- البيع بشترط التجربة: حيث تسمح بعض المواقع بتجربة المبيع قبل شرائه.

مع تطور مقتنيات العصر الحديثة أفرز هذا الواقع ظهور العديد من السلع التي تتميز بدقة صناعتها و سرعة تعرضها للخلل مع صعوبة استعمالها، حيث يصعب على المشتري العادي أن يحيط بأوجه استخداماتها المتعددة، فيقدم على شرائها دون معرفة كاملة بماهية هذه السلع نظرا لما تتصف به من صعوبة في التركيب هذا أدى إلى ظهور ما يسمى بالضمانات الترغيبية و هي صورة من صور خيار العيب، حيث يغطي هذا الضمان كل العيوب التي تصيب المبيع مما كانت يسيرة ما دامت مؤثرة في صلاحية العمل، بالإضافة إلى ضمان احترام معايير الجودة، ففي حالة ثبوت أن المنتج أو السلعة لم يصدر فيه ضمان الجودة من الجهة المشار إليها فهذا يعد عيبا تطبق عليه أحكام العيب في الفقه الإسلامي.

و نتيجة لهذا التفاوت المعرفي والاقتصادي بين البائع و المشتري، أدى ذلك إلى بروز حاجة ملحة تمثلت في ضرورة إيجاد وسيلة قانونية يمكن من خلالها إلزام البائع بضمان تسليم مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها وهذا الضمان يطلق عليه اسم (ضمان المطابقة) و يعني مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد، و مطابقا لغرض المشتري و يسمّى في الفقه الإسلامي بخيار خلف الصفة.

أن اغلب المعاملات الحالية و خاصة التي تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة كالبيع على الكتالوج أو من خلال الصور ا لمرئية أو الفوتوغرافية، يكون المبيع فيها غائبا عن مجلس العقد أو غير مرئي.

فالبرغم من تقريب الصورة بهذه الوسائل إلا أنها لا تقوم مقام الرؤية الحقيقية، وبالتالي يثبت للمشتري خيار الرؤية إذا جاء المبيع بخلاف الوصف.

و يعد التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري من أهم الآثار أو الالتزامات التي يوجبها العقد- والمبيع إما أن يكون سلعة إلكترونية، أو عينية، أو أسهم، أو عقارات، أو ثمن فيتحقق قبض السلع الالكترونية بالنقل و التحويل من الجهاز الالكتروني للبائع إلى جهاز المشتري، حيث جرى العرف الالكتروني ذلك، إذ لا يمكن الاستفادة منها إلا بنقلها لجهاز المشتري ولا تعد في العرف الالكتروني مقبوضة و هي ما تزال في حوزة البائع.

و أما السلع العينية فقبضها يكون، إما بتوكيل البائع بالقبض أو قبض المستندات باسم القابض مثل سندات الشّحن أو شهادات المخازن بشرط حصول التعيين للسلع و البضائع، أو التسجيل في السجلات المعتبرة قانونا.

و أما الثمن فقبضه يتم بالقيد المصرفي من حساب حامل البطاقة إلى حساب التاجر مباشرة أو عبر البنك المصدر، و لا يطرح إشكالا إلا في حالة عقد الصرف في حالة البطاقة غير المغطاة.

و بازدياد مجالات التجارة الالكترونية توسعت دائرة الخلاف بين المتعاقدين إلكترونيا و أهم صور الخلاف هي الإثبات و لا يكون ذلك إلا بمنح الكتابة الالكترونية و التوقيع الالكتروني الحجّية في الإثبات.

Abstract:
Among the most important outputs of scientific knowledge in modern times is the emergence of internet whose services are not intrinsically limited to a specific spatial or temporal range, or even to a certain segment of users. The emergence of internet has led to the appearance of a new type of economy called the digital economy, which is reflected in the emergence of electronic transactions, which was born as a result of linking technology to information.
This has also led to the transformation of contractual patterns from the traditional paper-based type to the e-technical pattern, where the electronic contract has emerged between individuals who have not met in practice and may not meet in the future. It is, in fact, on internet, a virtual encounter is held in which the contract is concluded, and the concept of traditional absenteeism and attendance has changed accordingly.
A new type of contract has emerged in which a temporal presence and a spatial absence exist. This development has led to the influence of the theory of contract in jurisprudence, where the need is urgent either to create rules and special texts independent dealing with the requirements of electronic transactions or work to adapt and develop the rules of jurisprudence governing traditional contracts to accommodate modern technology.
Despite the importance of electronic contracts, the agreement on a single sententious definition of e-contracts seems difficult due to differences in international norms and regulations, and views of the men of law and jurisprudence, and international organizations.
The e-contract is made over internet, because the pattern is the essence of the e-contract and is linked to it. The other means such as telephone and fax have become classic comparing to internet even if they were all called communication outlets. There are many types of e-contracts, such as contracts of e-services which are contracts that provide internet services and how to use them as the way to conclude contracts. These contracts are concluded between the providers of the services of the network and its beneficiaries for instance: internet access contract, information lease contract,…

In addition to the variety of methods of conducting contracts electronically, there is contracting via e-mail or contracting through the network of sites or chat rooms and viewing.
Since the basis of the contracts is to achieve satisfaction and express it and show it by any clear means, there is nothing in the Sharia to prevent the acceptance of the innovations of contracts, taking into account non-violation of jurisprudence provisions. E-contracting is a contract between those present in terms of time, and contracted between absentees in terms of place, as the norm in considering the contract between those present electronically is the time criterion.
Sold items in electronic contract is either a present electronic product like computer software which will be directly downloaded from the computer of the seller to the buyer's computer in moments. Sales may be absent in the contract board. This type is considered as the sale of the absent. (Absent on quality, program, and model). And it is more showed and explained in the sale of the absent on the quality and sale on the program.

Rules for electronic contracts conclusion

With the development of modern means of communication, and the emergence of new ways to show the satisfaction of the contractor in the virtual space, emerged the need for new rules that control the expression of will and the compatibility of e-media, and express the acceptance through websites in electronic writing and using the keyboard or clicking on the approval icon.
The acceptance is achieved by e-mail using the keyboard and also by clicking on the sending icon. Generally, it does not go out of the provisions of the expression of will in words of the jurists.
The acceptance of the e-contract is not different from the acceptance of the traditional contract except in terms of the means used to express them. The e-contract is accepted through an electronic means, whether verbally, electronically, or effectively, through the Internet through access to the network of the sites concerned, e-mail or chat rooms and viewing to express will.
The contract board begins to contract electronic verbal conversation directly through the chat rooms and viewing from the time of the announcement and continues until the end or interruption of the call, or when leaving the site. However, if the verbal conversation is not direct, the Council of the Contract begins to hear the voice message and continues until acceptance or rejection, or the expiration of the period if there is any.

In the case of contracting through the network of sites, the Council of the contract starts from the beginning of the applicant's entry into the company's website through the network of sites and continues until he leaves the site.
Due to the temporal and spatial dimension of e-contracting, many problems can be raised from the question of determining the time and place of concluding an e-contract due to the time difference between the response and the acceptance. And to know the time and place of conclusion of the e-contract, we return to the means used, and the time of the contract through e- media (Email, web sites), is the time of entry of the el-mail which includes acceptance to the imposer's inbox, because receiving acceptance is presumed to be considered knowledge.
As for the place of contract's conclusion is the place of the e-contract approval from which the e-mail that contains the acceptance (which is the approved place as it is well known by the imposer) is sent. E-contracts are concluded without tangible physical existence of the parties of its contract council, they are however a virtual board where only numbers and data can be expressed.
The validity and the legitimacy of the contract require the availability of both qualification and sanity of the contracting person. Since the electronic contract is remote, it is difficult for each of the contractors to verify the eligibility of the other, especially since the electronic media is no longer exclusive to a particular category.
A young or under-privileged child may have an electronic contract based on his or her parents' card or stolen card from someone who uses it in contracting; or they may contract for fun and play. In order to deal with this issue, it is necessary to look at two cases: if the means of payment belongs to the father and his son used it, the father contract obliges the father to preserve some of his privacy, but if the means of payment belongs to the son, the contract can only be done with the permission of the guardian.
Technical means were developed to verify the eligibility of the contractor to avoid such problems. It is conceivable that mistakes occur in the e-contract, like when a person clicks on the icon of acceptance or transmission, the contract will be held without the will of the contractor.
In order that clicking on acceptance or transmission icon becomes a serious expression of the contractor's will in approving response, many jurisprudents suggest to adopt an acceptance confirming system, which means that the acceptance be made in two stages; where the contract terms are showed in the page, then he clicks on the acceptance icon before a message appears asking if

they accept confirming this contract. If he clicks the acceptance button (yes), then the contract is effectively concluded.

E-contracts are completely electronic contracts, where the contracting procedures are positive and accepted, and payment for the price and delivery to the contract shop via electronic means, and this in the case of the good e-merchandises such software, e-books and other websites. E-contracts can be partial, where the contract and payment of the price electronically and the delivery of the contract place without electronic means.

Options and applications in electronic contracts

The choice was made to ascertain satisfaction and verify its existence, and given the specificity of the means by which the e-contract was concluded, new aspects emerged in options as the contracting people didn't physically meet how about to separate then?

The e-custom created images to separate in the virtual space, such as outage and exit from the site, and proves the Council's choice for the two contractors as long as the Council exists during the time of communication.

The conditioning option appears in the e-contract through the following:

1- To explicitly provide for this option
2- Sale subject to test: some websites allow the test of items before buying it.

With the progress in the modern era requirements, this reality has generated the emergence of many goods that are characterized by the accuracy of their manufacture and the speed of their vulnerability to the difficulty of using them, Where it is difficult for the ordinary buyer to surround the various uses, it offers to buy them without full knowledge of what these goods because of the difficulty in the installation. This has led to the emergence of the so called encouraging guarantees which is another image of the default option.

This guaranty covers all the defects, even tiny, that affect the item to be sold since they influence the validity of the process. In addition to ensuring that the quality standards are respected, in case it is proved that the product has not been issued a quality assurance by the mentioned party, this is a defect applied to the provisions of defect in Islamic jurisprudence.

As a result of this knowledge and economic disparities between the seller and the buyer, this led to the urgent need to find a legal means by which the seller may be obliged to ensure the delivery of a sale conforming to the agreed properties. This insurance is called "ensure compliance"**,** which refers to the conformity of the sale of the specifications agreed in the contract, and

corresponding to the purpose of the buyer and is called in Islamic jurisprudence choice behind the title. Most of the current transactions, especially those concluded through modern means of communication such as selling through catalog or through photographs, the sale is absent or invisible to the Council of the contract. Although the image is facilitated by these means, it does not serve as the real vision, and thus proves to the buyer the option of seeing if the sale comes other than description.

The seller's commitment to deliver the sold item to the buyer is one of the most important effects or obligations required by the contract - the merchandise is either an electronic commodity, in kind, shares, real estate, or price. E-goods are received by transfer from the electronic device of the seller to the buyer's machine as it's so common, as it can only be used by transferring it to the buyer's machine and is not considered in electronic form, and is still in the possession of the seller.

Goods in kind are to be seized by either the seller's proxy or the receipt of documents in the name of the holder, such as bills of lading or warehouse certificates, provided that the appointment of goods and merchandises are effectively designated, or registration in the legally registered records.

The price is taken from a bank account from the cardholder's account to the merchant's account directly or through the issuing bank, and is not a problem except in the case of the payment contract in the case of the card not covered. As the electronic commerce increases, the dispute between the contractors spread electronically and the most important picture of the dispute is the proof, and this is only by granting electronic writing and authentic electronic signature in the proof.

University of Algiers 1

Benyoussef BENKHADDA

Faculty of Islamic Science

Department of Sharia

Electronic financial transactions and rules In the Islamic economy

Thesis prepared to obtain PhD in Islamic Sciences

Sharia and law

Realized by	Supervised by
Aissa BENMOSTAPHA	Amina CHOUDAR

Jury members:

Dr. ………………………………… President

Dr. Amina CHOUDAR Supervisor

Dr. ………………………………… Examiner

Dr. ………………………………… Examiner

Dr. ………………………………… Examiner

Dr. ………………………………… Examiner

2017/2018

University of Algiers 1

Benyoussef BENKHADDA

Faculty of Islamic Science

Department of Sharia

Electronic financial transactions and rules

In the Islamic economy

Thesis prepared to obtain PhD in Islamic Sciences

Sharia and law

Realized by

Aissa BENMOSTAPHA

2017/2018